

كِتَابُ

النَّبِيِّ وَالْفُرُوفِ

لِمَسَائِلِ الْمَدَوْنَةِ وَالْمُخْتَلَطَةِ

تَصْنِيفُ

الْإِمَامِ الْفَقِيهِ وَالْحَافِظِ الْمُتَّقِنِ
أَبِي مُحَمَّدٍ عَبْدُ الْحَقِّ بْنِ هَارُونَ الصَّقَلِيِّ

رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى
(ت / ٤٦٦ هـ)

اعْتَقَى بِهِ

أَبُو الْفَضْلِ الدِّمِيَّاطِيُّ

أَحْمَدُ بْنُ عَلِيٍّ

عَفَا اللَّهُ عَنْهُ

الجزء الثاني

دار ابن حزم

مركز الدراسات الثقافية والبحوث

جميع الحقوق محفوظة
الطبعة الأولى
١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م



ISBN 978-9953-81-789-7

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبّر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي
الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس
هاتف: 442931 - 022 / فاكس: 442935 - 022
المملكة المغربية

دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان - ص.ب: 6366/14
هاتف وفاكس: 701974 - 300227 (009611)
بريد إلكتروني: ibnhazim@cyberia.net.lb

كِتَابُ
النِّكَاحِ وَالْفُرُوقِ
لِمَسَائِلِ الْمَدَوْنَةِ وَالْمَخْنَأَةِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على محمد وآله وسلم تسليماً

كتاب الصرف

قال عبد الحق : إذا صرف دنانير بدراهم ثم وجد درهماً زائفاً إنما ينتقض صرف دينار [واحد] (١) ما بينك وبين صرف [واحد] (٢) دينار ، فإن زاد شيئاً وإن قل انتقض صرف دينارين على هذا البناء ولا ينتقض صرف الجملة ، لأن كل دينار منفرد بنفسه ولا ينتقض ما يخص الزائف فقط ، إذ لا يجوز كسر دينار ، ولا يجوز أن يشتركا في الدينار بمقدار ما وجدا رديئاً ؛ لأنه لا يجوز في الصرف أن يفترقا بينهما علة ، فوجب لما وصفنا أن ينتقض صرف دينار .

قال ابن الجلاب في كتابه : وهذا إذا رتباً لكل دينار [شيئاً] (٣) معلوماً حين تعاقد الصرف ، وأما إن لم يتعاقدا هكذا وإنما ضاربه جملة دنانير بجملة دراهم فينتقض الصرف كله بوجود درهم واحد زائف ، هذا معنى ما ذكر فيما أعرف ، وهذا التفصيل الذي فصل فيه نظر عندي ؛ لأن من أصلهم في البيع إذا رتب لكل سلعة ثمناً وبيعت في صفقة أن ذلك الترتيب لا حكم له في طرثان الاستحقاق والرد بالعيوب .

قال بعض الأندلسيين : وهذا إذا كانت سكة الدنانير كلها واحدة فينتقض صرف دينار كما وصفنا بوجود درهم واحد رديء ، فأما إن كانت السكة مختلفة فقد قال أصبغ : ينتقض صرف أجود الدنانير ، وكان سحنون يقول : ينتقض الصرف كله لأن الدرهم له حصة من كل دينار ، وقول سحنون أقيس .

قال بعض شيوخنا من القرويين في اللذين اضطرفا واستقرض أحدهما الدينار : إنما يصح قول ابن القاسم إذا كان صاحبه غير عالم أنه لا شيء عنده ، فأما إن علم [ذلك] (٤) فلا يجوز هذا الصرف لا عند ابن القاسم ولا أشهب ، وقال في

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : ثمنًا .

(٤) سقط من أ .

معرفة حلية السيف هل هى تبع أم لا : لست أراعى قيمة الحلية إنما نراعى وزنها ، فإذا كان الوزن مائة وقيمة النصل مائتين فهى فى حيز البيع ، وإن كانت قيمة الحلية أكثر من مائة من أجل الصناعة فلا يراعى ذلك ، وكذلك إذا سرق السارق شيئاً مصوغاً إنما يراعى فى ذلك إن كان وزنه يبلغ ما فيه القطع ولا يراعى قيمته ، فإن كان وزنه ليس فيه ما يجب فيه القطع وقيمته أكثر من ذلك تبلغ ما [يجب] (١) فيه القطع لم يقطع .

وقال فى قول سحنون : إذا لم ينقد ثمن السيف بالحصص وانقطع أو انكسر ، إنه يرد وزن الفضة وقيمة النصل ، والحق ليس هذا أصلهم ؛ لأنهم يقولون فيمن استهلك مصوغاً كخلخالين ونحوهم : يغرم القيمة فيهما ، فكيف يقول سحنون : يرد الوزن؟

قال : وقول ابن القاسم فى هذه المسألة مسألة السيف لا تفيته حوالة الأسواق ، توضح [أن] (٢) قول محمد فى الحلّى الجراف يباع بيعاً فاسداً حوالة سوقه فوت خلافاً لقول ابن القاسم لأن حلية السيف المرتبطة به جزاف .

[قال عبد الحق] (٣) : ولا سيما وهى مبسطة بعرض ، فإذا كانت حوالة الأسواق فيها ليس بفوت على قوله فالحلّى الجراف أخرى ألا تكون حوالة الأسواق فيه فوتاً .

قال بعض القرويين : وقول سحنون : إن حلية السيف إذا استحقت وهى تبع لا ينتقض [ق/٤٢ج] من أجلها البيع ولا يرجع المشتري بشيء إذ لا حصة لها من الثمن كمال العبد ، ليس كما ذكر لأن الحلية مرئية مشاهدة ومال العبد غير مرئى فهو فى حيز البيع .

قلت : فالثمرة التى لم يبد صلاحها ليست مرئية وهى محكوم لها بأنها تبع للأصول .

فقال : الثمرة وإن كانت مرئية يحكم لها بحكم التبع لكونها متولدة عن الأصول

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

وما ذكرنا فليس بمتولد مما أضيف إليه .

قال عبد الحق : حددوا فى بيع وصرف إذا كان مع السلعة صرف دينار فأكثر ، وما كان أقل من صرف دينار فهو فى حكم التبع ، ولم يحددوا فى السلعة إذا كانت تبعاً كم تكون قيمتها ؟

فقال لى بعض القرويين : عن أبى موسى بن مناس : إن كانت السلعة أيضاً قيمتها أقل من دينار فهى فى حكم التبع ، ولم يذهب إلى تحديد ثلث الصفقة كما ذهب بعض الناس ، ورأى أنه لا فرق بين [الذهب وبين الورق] ^(١) الذى يحد فيه أقل من دينار ولا بين السلعة [ق/١١٦] أن ما كان أقل من دينار فهو الذى يحكم له بحكم التبع .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : ورباعى بلدنا يجرى مجرى الدينار الكبير [فى هذا وكذلك فى بدل الناقص بالوازن وإنما يجوز من ذلك مثل الرباعيين والثلاثة حسب ما يستعمل فى الدينار الكبير] ^(٢) لا فرق بين ذلك .

قال أبو بكر الأبهري محتجاً فى منع البيع والصرف : معنى ذلك - والله أعلم - أنه يؤدى إلى صرف بنسبة من قبل أن الاستحقاق إذا وقع فى السلعة المقرونة إلى الصرف احتيج إلى أن يقسط الثمن على المبيع من السلعة والصرف ، فكان الثمن الذى يصيب الصرف غير معلوم فى حال العقد وإنما يعلم فى [وقت] ^(٣) ثان وذلك غير جائز ، فأما إذا كان شيئاً يسيراً جاز ؛ لأن ذلك تبع للكثير إذا كان القصد فى ذلك البيع لا الصرف .

قال عيسى بن دينار : فإن وقع البيع والصرف فى شيء كثير فإن لم تفت السلعة رد ذلك كله ، وإن فاتت بنماء أو نقصان أو اختلاف أسواق لزم المشتري بقيمتها يوم قبضها ويتدان العين على وزنه .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا صرف دنائير بدراهم ثم رد إليه دنائيره

(١) فى تقديم وتأخير .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

وأخذ منه دراهم خلاف عيون دراهمه أقل أو أكثر في المجلس أو بالقرب فلا يجوز ذلك؛ لأنه قد آل أمرهما إلى أن دفع إليه دراهم وأخذ منه دراهم أقل منها أو أكثر، فهذه فضة بفضة غير مساوية، ولو أخذ منه دراهم في مثل وزن دراهمه سواء والعيون مختلفة قبل تفرقهما فهذا جائز؛ لأنه إنما راطله دراهم بدراهم مثلها فلا فساد في هذا، فإن تفرقا في هذا الوجه أو كان بالقرب ولم يطل فذلك غير جائز؛ لأنه فضة بفضة غير يد بيد، وإن تباعد ذلك وطال فذلك جائز لأن التهمة ترتفع فتصير بيعة حادثة بينهما، وإن أعطاه الدنانير وأخذ منه مثل عيون دراهمه أقل أو أكثر في المجلس فذلك جائز إذ لا تهمة في هذا أن يدفع مائة ويأخذ خمسين من عيونها، فإن كان بعد التفرق من المجلس وبالقرب فها هنا لا يجوز وذلك كسلف بزيادة، فاعلم ذلك.

قال عبد الحق: الفرق بين أن يودعه دنانير فيشتري بها سلعة تعدياً إن رب الدنانير ليس له سبيل إلى سلعة وأقاله مثل دنانيره، وبين أن يودعه طعاماً أو عرضاً فيبيعه بدنانير أنه مخير بين أخذ الدنانير التي أخذها عوضاً أو إغرامه المثل فيما له مثل والقيمة فيما لا مثل له :

إن المشتري بالدنانير والدراهم إنما هو مشتر بذمته لأن الدنانير والدراهم لا تتراد لأعيانها، ألا ترى أنها إذا استحققت لم تنتقص من أجل ذلك البيع فلا حجة لصاحبها فيما اعتاضه المشتري بها والمشتري بطعام أو سلعة إنما هو مشتر بغير ذلك لا بذمته، إذ ذلك مما يراد لعينه، ألا ترى أن ذلك [الشيء] ^(١) الذي اشترى به إذا استحق انتقض البيع، فلما كان مشترياً بعين ليست له كان صاحبها مخيراً فيما أخذه عوضاً عنها أو إغرامه القيمة أو المثل على ما بينا، والله أعلم.

قال عبد الحق: حكى عن أبي محمد [رحمه الله] ^(٢) في بيع السلعة بخمسة دنانير إلا سدس، قال: إنما يقع البيع بأربعة دنانير وخمسة أسداس دينار، فإذا

(١) سقط من أ.

(٢) زيادة من أ.

تشاحا فى هذه الخمسة أسداس دينار قضى على المتباع بخمسة أسداس دينار دراهم تصرف يوم القضاء ، قال : وعلى هذا مدار الكلام فى هذا الأصل إلا ما روى عن مالك فى هذا من كراهية البيع ، فإنه اختلاف من قوله .

قال عبد الحق : ذكر فى «الكتاب» : إذا غصبك جارية جاز أن تبيعها منه وهى غائبة وينقدك إذا وصفها لأنها فى ضمانه قال : والدنانير فى ذلك أبين .

قال بعض شيوخنا من القرويين : أنه [إنما] ^(١) قال : (والدنانير أبين) لأنه فى مسألة الجارية إذا هلك قبل عقدهما البيع وجبت على الغاصب قيمتها يوم الغصب وهى قد تكون أقل من الثمن الذى دفع الغاصب فيسترد الغاصب باقى الثمن ، فلهذا غفر ذلك لأنه يصير كنقد فى غائب ، لكنه لما أمكن أن تكون القيمة كفافاً للثمن أو أكثر من الثمن فلا يجعل ذلك كنقد فى غائب ، وإنما يخشى من كون القيمة أقل ، لأن فى هذا الوجه يسترجع باقى الثمن فلم يتهمهما فى ذلك إذا لم يدخل على أن الثمن تارة يكون ثمنًا وتارة سلفًا كما دخل فى النقد فى الغائب ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى مسألة ابن المسيب : إذا باع [ق/١١٧] طعاما بدينار ونصف درهم فأعطاه المتباع بالنصف الدرهم طعاماً من ذلك الطعام الذى اشترى ، وذلك قبل أن يقبضه : لا يجوز ذلك وهو بيع الطعام قبل القبض إلا أن يعرفا الصرف ويتقايلا بمقدار النصف درهم فذلك جائز ، وأما إن أعطاه المشتري قبل القبض شعيراً أو سلتاً فذلك بيع يجوز ، وأما إن أعطاه تمرًا أو زبيباً أو شيئاً مما يجوز التفاضل بينه وبين الحنطة ، فذلك جائز ، لأنه بيع حنطة بتمر أو زبيب ودينار ، [فإن] ^(٢) كان المتباع قد قبض الطعام الذى اشترى ولم يعب عليه فإنه دفع إليه بالنصف درهم من الطعام بنفسه فذلك جائز ، لأننا قد سلمنا من بيعه قبل قبضه ، وإن أعطاه شعيراً أو سلتاً أو تمرًا أو زبيباً فذلك مفترق على ما بيناه فى الوجه الذى ذكرنا ، وأما إن كان قد قبض الطعام الذى اشترى وعاب عليه فلا يجوز أن يعطيه

(١) فى ج : إنه .

(٢) فى أ : فلو .

المبتاع طعاماً منه على زعمه ولا من غيره من جنسه أو من غير جنسه [فهو بين على أصولهم ، فتدبر ذلك] (١) .

قال ابن القاسم : ولا يباع حلى فيه ذهب وفضة بذهب ولا فضة كانت الفضة الأقل أو الذهب ، وهو يفرق فى حلية السيف بين كونها تبعاً أو غير تبع .

فالفرق بين ذلك عنده - والله أعلم - : أن حلية السيف إنما جعلت للسيف ومن أجله ، فإذا كانت على ما وصف فهى فى حيز التبع ، والحلى الذى فيه الذهب والفضة لم يجعل أحدهما من أجل صاحبه ؛ لأن كل واحد منهما أصل فى نفسه ؛ لأن الذهب والفضة هما أثمان الأشياء ، وبهما يتصرف فى المثلونات فلا يغلب الكثير على القليل فى هذا لما وصفنا ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا استحققت الدراهم التى صارفه بها ، قال فى «الكتاب» : إذا أعطاه مثلها مكانه جاز .

قال فى « كتاب ابن المواز » : إذا تراضيا بذلك ، وعليه عمل مسألة « الكتاب » على التراضى لا على الجبر ، فاعلم .

وإنما قال فى مسألة الخللخين : إذا استحقا فأجاز ربهما البيع وقد غاب الخللخان : لا يجوز حتى يكونا حاضرين ؛ لأن [ق/ ٤٣ ج] رب الخللخين قد ملك فسخ البيع فصار رضاه بتمامه يشبه بيعاً مبتدأ ؛ فلذلك قال : لا يجوز حتى يحضر الخللخان ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا قال له : استرخصت منى الدينار فردنى ، فقال له : أزيدك هذا الدرهم ، فوجده زائفاً فلا يرده لأنه إنما رضى أن يهبه عين الدرهم على ما هو به فليس له أن يلزمه غيره ، وأما إن قال له : أنا أزيدك درهماً ، ثم عمد فأعطاه درهماً فوجده زائفاً ، فعليه أن يبدله له لأنه قد أوجب على نفسه

(١) فى أ تقديم وتأخير .

درهماً جيداً .

قال عبد الحق : وقوله في « الكتاب » : (زاده الدرهم نقداً أو إلى أجل) يريد : أنه قال له : (أنا) أزيدك ، أو لم يقل شيئاً ، وقال : تأتي إلى أجل كذا ، ثم عند الأجل الذي قال له أتاه فأعطاه درهماً فوجده زائفاً فليس عليه بدله ؛ لأنه إنما رضى بما دفع إليه ولم يلزم نفسه غير ذلك ، بخلاف القائل : أزيدك درهماً ، لأن قوله « درهماً » إنما يقتضى درهماً صحيحاً جيداً غير معيب [فلزمه بذلك] (١) ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : اعلم أن زيادة العدد في القرض وزيادة الكيل في الطعام مكروهة لأن الزيادة في الكيل منفصلة فهي مكروهة .

وإن قلت : وليست كزيادة الجودة ورجحان الميزان الذي هو غير منفصل هذا يسامح فيه ، وكذلك إذا كانت الأولى عدداً لا وزناً فقط قبل عددها ، وإن تفاوت وزنها كثيراً ، يجوز ذلك الاتفاق للعدد ، وذلك لأن النبی عليه السلام استسلف بكرة فقتضى جملاً خياراً رباعياً ، فإنما زاد في الصفة ولم يزد في العدد ، ويقال : إنه ﷺ إنما تسلف للمسلمين فقتضى لذلك من إبل الصدقة ، وكان المدفوع إليه فقيراً ، فلذلك زاده فوق حقه بمعنى الصدقة عليه ، فإذا كان هكذا صار الحديث ليس باطلاً لما قلناه من جواز الزيادة في الصفة دون الزيادة في العدد .

قال لى بعض القرويين : والحديث أيضاً فيه شيء من أجل أنه قال فيه : « جملاً خياراً رباعياً » (٢) وهذا السن ليس يؤخذ في الزكاة .

[قال عبد الحق] (٣) : ذكر في « الكتاب » : إذا كان لك عليه مائة قائمة لا يجوز

(١) في أ : فيلزمه بدله .

(٢) أخرجه مالك (١٣٥٩) ومسلم (١٦٠٠) وأبو داود (٣٣٤٦) والترمذی (١٣١٨) والنسائي

(٤٦١٧) وأحمد (٢٧٢٢٥) والدارمی (٢٥٦٥) والشافعی (٦٧٢) والطيالسي (٩٧١)

والطبرانی في « الكبير » (٩١٣) وعبد الرزاق (١٤١٥٨) من حديث أبي رافع رضى الله عنه .

والبخارى (٢٢٦٢) حديث أبي هريرة رضى الله عنه .

(٣) سقط من ج .

أن يقضيك مائة مجموعة أزيد عدداً .

وقال : إذا كان لك مائة مجموعة فقضاك مائة قائمة بغير وزن فذلك جائز .

فإن قيل : ما الفرق بين السؤالين وقد ترك في السؤال الثاني فضل العدد لفضل عين ووزن كما في السؤال الأول [ق/١١٨أ] ترك فضل عين ووزن لفضل العدد ؟

فالفرق بين ذلك : أنه إذا كانت [له] ^(١) قائمة فقد ثبت عليه ديناً على شرط العدد فصار الحكم له ، فلما أخذ منها مجموعة أكثر عدداً علمنا أنه إنما ترك ما وجب له من عدد القائمة وفضل عيونها لفضل عدد المجموعة ، وأما إذا كانت له مجموعة فهو لم يترتب له عدد معلوم ؛ لأن العدد يسقط حكمه مع الكيل ، فلما لم يثبت له عدد معلوم وإنما ثبت له وزن [فقد] ^(٢) أخذ أكثر وزناً وأفضل عيوناً فصار الفضل من جهة واحدة فجاز ذلك لهذا ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : وإذا باع بدراهم كيلاً وشرط عددها كذا فأعطاه أقل عدداً في مثل الوزن ، له ألا يرضى بذلك لشرطه العدد ، وإنما الذي في «الكتاب» : إذا رضى بذلك .

قال عبد الحق : قال بعض القرويين : قوله في الدرهمين الفردين : (إذا عرف وزن كل واحد منهما ولم يجمعا في الوزن لا يجوز أن يأخذ بوزنهما تبر فضة) يريد : عرف الوزن فيهما على التحرى ، وأما إن لم يكن على التحرى ، فلا فرق بين معرفة وزن كل واحد على الانفراد وبين معرفة وزنهما على الاجتماع ، وإنما يتفنى أن يكون بين الشيء إذا عرف وزنه منفرداً وبين أن يعرف وزنه مجتمعاً تفاضل فيما كثر جدلاً ، فاعلم .

قال لى بعض القرويين : إن الشيخ أبا الحسن كان يعلل قول مالك في بدل الدينار الناقص بالوازن وهما من سكتين ، وليس للناقص فضل في عينه بأن يقول :

(١) فى أ : لك .

(٢) سقط من ج .

الأصل فى هذا الباب أنه يفاضل بين الذهبين وقد حظرت الشريعة ذلك ، لكن الإجماع على جواز بدل الناقص بالوازن من سكة واحدة ، فخرج هذا بالإجماع بقى ما عداه على الأصل ، فلهذا منع مالك من ذلك ، والله أعلم :

قال عبد الحق : وقد علل قول مالك أيضاً بأن الناقص قد يكون يوماً [ما] (١)

أفضل من الوازن إذ هما سكتان فاتقى مالك هذا وراعه .

قال عبد الحق : إنما قال ابن القاسم فى النقرة بين الشريكين : (يجوز

أن يدفع أحدهما لصاحبه مثل نصف الوزن وإن كانت تنقسم) لأن قسمها قد يؤدى عليه أجرة وقد لا ينقسم على نصفين وينقسم على أجزاء كثيرة ، ففى هذا ضرورة توجب جواز ذلك مع أنهم قد أجازوا المراطلة بالمثاقيل ولا ضرورة فى ذلك ، وكذلك فى مسألة النقرة ، وقد بينا أن فى ذلك بعض الضرورة .

قال لى بعض القرويين فى مسألة الكيس الذى بينهما إذا طبعاً عليه وعلماً ما

فيه ولم يشتري شيئاً : جاز أن يعطى أحدهما صاحبه مثل نصف ما فيه وإن كان لا ضرورة فى ذلك كإجازتهم المراطلة بالمثاقيل .

قال عبد الحق : إذا استقرضه نصف دينار فدفع إليه ديناراً فصرفه [ذلك] (٢)

على وجهين : إن قال له : اصرفه وخذ نصفه ، فإنما له عليه دراهم كما قبض ، وإن قال له : خذ نصفه وجنبى بنصفه أو لم يقل جنبى بنصفه أو دفع إليه ديناراً وسكت بنصفه أو دفع إليه ديناراً وسكت فمضى القابض فصرفه ففى هذا كله إنما دفع إليه ذهباً فإنما يعطيه عند المشاحة نصف دينار [يصرف] (٣) يوم القضاء ، وإذا ضاع هذا الدينار من يد القابض فإن كان الذى وجب عليه ذهباً فقد ضمن نصف دينار والنصف

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

[الثاني] (١) هو فيه أمين، وإن كان الذى يجب عليه دراهم لقوله صرفه كما قدمنا فلا يضمن منه شيئاً؛ لأن حقه إنما يجب بعد الصرف وقد ضاع قبل تصرفه فهو كالأمين حتى يصرفه، فإذا ضاع قبل الصرف لم يلزمه منه شيء ، ولو صرفه ثم بعد الصرف ضاع ضمن فى الوجهين ؛ لأن حقه قد صار فى عين ما بيده ، فلا فرق فى هذا إذا ضاع بعد الصرف بين أن يقول: له صرفه أو لا يقول له ذلك إنه ضامن لما استقرض منه وهو فى النصف أمين على كل حال لا يضمن ولا يحلف إلا أن يتهم فيحلف .

قال لى بعض القرويين : قول أشهب فى الدرهم المغشوش : يجوز بدله على وجه الصرف بدراهم جياذ وزناً بوزن ، ليس بخلاف لكلام ابن القاسم ، لأن أشهب إنما يعنى بذلك بعد الكسر لا قبله ، لأنه [قد] (٢) قدم أنه لا يجوز بيعه بفضة ولا بعرض حتى يكسر ، فقوله بعد ذلك : ويجوز بدله على وجه الصرف بدراهم وزناً بوزن يريد بعد كسره ، والله أعلم .

قال فى « الكتاب » : (إذا باع ثوباً بنصف دينار على أن يأخذ به دراهم نقداً ، فإن عرفا الصرف فلا بأس إذا اشترط كم الدراهم من الدينار) .

وقال فى مسألة : (الفلوس إذا سميها فللدائن من الفلوس أو كتبها عارفين بعدد الفلوس جاز) فشرط فى مسألة النصف دينار بعد معرفتهما إن سميا كم الدراهم من الدينار ولم يجتزئ بمعرفتهما ، ولم يشترط ذلك فى مسألة الفلوس .

حكى عن الشيخ أبى الحسن أنه قال : معنى ذلك عندى فى بلد الدنانير [المختلفة السكك] (٣) المختلفة الصرف ففيها وإن عرف الصرف فلا بد أن يسميا كم الدراهم [ق/ ٤٤ج] من الدينار ، فتسميتها لذلك تعرف على أى سكة وقع بيعها ، ولو كانا ببلد ليس فيه إلا سكة واحدة لكان كمسألة الدائق فلوس ، والله أعلم .

تم كتاب الصرف بحمد الله وعونه .

(١) فى أ : الباقي .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الأجال

قال الله عز وجل : ﴿ وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ ﴾ (١) فنهى الله تعالى عن سب الأصنام لئلا يكون [ذلك] (٢) ذريعة للمشركين فى سبهم الله تعالى ، وقال تعالى : ﴿ لَا تَقُولُوا رَاعِنًا وَقُولُوا انْظُرْنَا ﴾ (٣) ، وذلك أن اليهود كانت تقول هذه اللفظة تقصد بها سب النبى - عليه السلام - فنهى الله تعالى عن ذلك ، لأن فيه ذريعة لليهود ، وأبواب الذرائع فى الكتاب والسنة يطول تتبعها ويكثر ، وقول عائشة رضى الله عنها فى الحديث : « بئس ما شريت وبئس ما اشتريت أبلغى زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله إن لم يتب » (٤) يدل ذلك على أن عندها فى ذلك سنة من النبى عليه السلام - وذلك أن بطلان الجهاد لا يعلم قياساً وإنما يعلم فى هذا من طريق التوقيف ، وقولها : بئس ما شريت وبئس ما اشتريت قيل : يحتمل أن تكون [إنما] (٥) عابت البيع والشراء لمآل الأمر فى آخره [إلى] (٦) الربا ، وقد يحتمل أن تكون إنما عابت البيع إذا كان الثمن إلى العطاء وهو مجهول ، ويحتمل أن تكون السلعة قد فاتت ، والسلعة إذا فاتت فسخت البيعتان جميعاً الأولى والثانية .

وقد قيل : تفسخ البيعتان وإن كانت السلعة قائمة فقد يصح الذى ذكرت على هذه الرواية ويكون ذلك المذهب عندها ، ويحتمل أن يكون « شريت واشتريت »

(١) سورة الأنعام : ١٠٨ .

(٢) زيادة من أ .

(٣) سورة البقرة : ١٠٤ .

(٤) أخرجه الدارقطنى (٥٢/٣) وعبدالرزاق (١٤٨١٨) والبيهقى فى «الكبرى» (١٠٥٨٠) وابن

الجوزى فى «التحقيق» (١٤٥٤) بسند ضعيف جدا .

ضعفه الدارقطنى وابن الجوزى والزيلعى .

(٥) زيادة من أ .

(٦) فى أ : من .

بمعنى واحد وإنما [هو] ^(١) تكرير [فى الكلام] ^(٢) وهذا سائغ فى لغة العرب ، وأكثر هذه الوجوه التى ذكرتها حفظتها عن بعض شيوخنا من غير أهل بلدنا .

قال بعض الأندلسيين : ومن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ، ثم اشتراها البائع بخمسة دراهم نقداً ، و[قد] ^(٣) فاتت السلعة عند البائع الأول ، فإنما ينظر إلى قيمتها ، فإن كانت عشرة فصاعداً غرم البائع الأول للمشتري الأول تمام قيمتها ويقاص المشتري الأول بالخمسة التى كان قبض أولاً ، وإن كانت القيمة من العشرة التى وقع بها البيع أولاً ، فإنما يفسخ البيع الأول ويرد المشتري الأول على البائع الأول الخمسة التى كان قبض منه ، لأنهما يتهمان هاهنا على أنهما عملا فى إعطاء قليل فى كثير إلى أجل ، هكذا فسرہ ابن عبدوس عن ابن القاسم .

قال محمد : إذا كانت البيعة الأولى إلى أجل فهو من بيوع الآجال التى ينظر ما آل أمرها إليه ، وإن كانت الأولى نقداً فلا نبألى ما كانت الثانية وهى من بيوع النقود فلا يتهم فيها إلا أهل العينة ، وإذا كان أحدهما من أهل العينة فاحملهما على أنهما من أهلها .

قال ابن القاسم عن مالك فى الدابة أو البعير يبتاعهما بثمن إلى أجل فسافر عليها المستاع إلى مثل الحج وبعيد السفر فيأتى وقد نقصها ثم يبتاعها منه بأقل من الثمن نقداً ، فلا يتهم فى هذا أحد ، ولا بأس به .

وروى عنه أشهب أنه قال : وإذا حدث بها غرر أو عرج أو قطع [ق/ ١٢٠] حتى يعلم أنهما لم يعملوا على قبيح ، قال : لا يصلح [هذا] ^(٤) ولا يؤتمن عليه أحد ، ورواية أشهب مأخذ سحنون فى « العتية » .

قال عبد الحق : الرواية الأولى أقيس ؛ لأن السلعة إذا تغيرت عن حالها تغيراً

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) زيادة من أ .

(٤) سقط من أ .

شديداً بعدت التهمة وكانت بيعة حادثة وتصير السلعة بما طرأ عليها كأنها سلعة أخرى ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا باع منه ثوبين بثمن إلى أجل واسترجع البائع أحدهما بأقل من الثمن نقداً وزيادة ثوب فتزل ذلك بينهما ، فأما الثوب الذى بقى بيد المشتري فلا يفسخ [فيه] ^(١) البيع ولا يكون كثوب قارنه سلف ، لأن العقد فيه صحيح ، فينظر ، فإن كان الثوبان الآخران قائمين رداً ، وإن فاتا ، فأما الثوب الذى رجع إلى البائع فلا يفите عنده حوالة الأسواق وإنما يفите التغير الشديد أو تلفه ، فإذا فات بما ذكرنا سقط من الثمن المؤجل حصاص ذلك الثوب من الثمن وهو ما سمياه له ، وأما الثوب الذى دفعه البائع فيحكم فيه بحكم الثوب يقارنه سلف ، فإذا فات ففيه القيمة حسب البيع والسلف ويفيته ما يفيت البيع والسلف فيحصل فيما ذكرنا لكل ثوب من الثلاثة أثواب حكم ، فتدبر ذلك .

وعلى معنى ما تقدم يجرى حكم الثوب الواحد يبيعه ثم يشتريه بأقل من الثمن ، وبثوب [فإن] ^(٢) حوالة الأسواق فى الراجع ليس بفوت ، فإن تلف أو حدث فيه عيوب سقط الثمن كما إذا كانا ثوبين فارتجع أحدهما يسقط حصاص الراجع ، كذلك إذا كان المبيع واحداً يسقط الثمن والثوب الذى دفع البائع قد قارنه السلف فحكمه يجرى على نحو البيع والسلف كما قدمنا فى السؤال الأول ، والله أعلم .

قال عبد الحق : وإذا باع ثوباً بقبض حنطة إلى أجل [فاشتراه] ^(٣) بقبضين حنطة نقداً فلا ينبغى ، ويتقى أن يكون دفع قبضين لوضع ضمان القبض إلى أجل ، فذلك بخلاف العين الذى لا ضمان فيه ، وقيل : الأمر [فيهما] ^(٤) سواء [لأن] ^(٥) التهمة

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : فأراد أن يشتريه .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى ج : أن .

مرتفعة ، والأول أصوب وهى مسألة يتنازع فيها ، وما علمت فيها رواية .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا باع منه طعاما بثمان إلى أجل ثم اشترى منه قبل الأجل طعاماً إن كان المبيع أولاً حنطة والثانى شعيراً أو سلّماً والأول محمولة والثانى ثمرّاً ، فذلك لا تهمة فيه ، لا خلاف بين ذلك ، وإنما تدرك التهمة على ما وصف إذا كان شيئاً واحداً الأول محمولة والثانى محمولة أو ثمرّاً والثانى ثمرّاً ، فمحصول ما فى ذلك فاسداً أن نعتبر وجهين ، إن كان شراؤه بأقل من الثمن فلا يجوز ألّبة كان [شراؤه الذى اشترى] ^(١) أقل مما باع أو أكثر أو مثل الكيل ، وإن كان اشترى أكثر من كيل الطعام الذى باع لم يجز أيضاً كان شراؤه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر ، فإنما يعتبر أحد هذين الوجهين ، فأقل من الثمن لا يسوغ ألّبة وأكثر من الكيل لا يسوغ ألّبة ، وما عدا هذين الوجهين فجائز ، فتدبر ذلك تجده صحيحاً إن شاء الله .

قال فى « الكتاب » : (إذا بعث ثوب فرقيباً بدينارين إلى أجل فلا بأس أن يشتري منه قبل الأجل ثوباً فى صفته وجنسه بأقل من الثمن أو أكثر ، نقداً أو إلى أجل وليس كرجوع ثوبك إليك) .

وقال ابن المواز : لا يجوز ذلك لأن الثوب سلف فقصاه ثوباً من جنسه وأسلمه ديناراً ليأخذ [منه] ^(٢) عند الأجل دينارين فهو ربا .

قال محمد كما قال ابن القاسم : إذا أقاله من ثياب أسلمها فى حيوان على أن أعطاه مثلها من جنسها وزيادة معها .

حكى عن أبى محمد أنه قال : لا يلزم ابن القاسم ما ألّزمه ابن المواز ، والفرق بين المسألتين : أن مسألة السلم لما أقال منها إنما قصداً إلى نقض البيع الأول فصار ما رجع إليه من الزيادة على ثيابه زيادة فى السلف ، ومسألة الآجال لم يقصداً فيها إلى نقد البيع الأول ، وإنما قصداً إلى بيع مؤتلف لا يقدر فى الأول بحال [ق/ ١٢١]

(١) فى أ : الذى اشتراه .

(٢) زيادة من أ .

فلم يتهما فيه ، لأن الذى ابتاع من صنف عروضه بأقل من ثمنها فقد نقد ما ابتاعها به فصار بيعاً مؤتلفاً ثمناً ومثموناً ، والبيع الأول [ق/ ٤٥ ج] يبقى على هيئته فسلم من التهمة وهو لم يسترجع سلعته بعينها ، والذى أقال من العروض التى أسلمها فى حيوان فأخذ من صنفها وزيادة لم [يؤد] ^(١) فيما يأخذ ثمناً مؤتلفاً ، وإنما أخذه عوضاً مما أسلم فيه فصار آخر أمره أن دفع عروضاً ورجع إليه من صنفها وزيادة معها فاتهم فى ذلك .

قال عبد الحق : قوله فى مسألة الفرس : يدخل ذلك «حط عنى الضمان وأزيدك» دخولاً ضعيفاً .

إنما قال : (دخولاً ضعيفاً) يريد : أن الناس فى الأغلب لا يقصدون الضمان ، وإنما يقصدون فى الأغلب التعجيل والوضعية ، وأما هذا فقل من يقصده ، فإذا وجد ذلك فهو «حط عنى الضمان وأزيدك» حقيقة .

قال بعض شيوخنا من القرويين : فإذا أنزل فى مسألة الفرس ما ذكر وفاتت الثياب التى عجلها له كانت فيها القيمة ولا يكون [عليه] ^(٢) مثلها لقولنا : إنها سلف ، من أجل أن السلف إذا كان فاسداً رجع إلى حكم البيع الفاسد تكون فيه القيمة فيما لا مثل له والمثل فيما له مثل من المكيل أو الموزون ، والفرس أيضاً إذا فات ففيه القيمة .

قال : وليست [مسألة الفرس] ^(٣) كمسألة العبدین اللذين باعهما بيعين [فاسدين] ^(٤) أحدهما على شرط تعجيل ثمن الآخر ، هاهنا إذا نزل ذلك وفات العبد الذى قبض ليس يحكم فيه بالقيمة ، لأننا إن حكمنا [فيه] ^(٥) بالقيمة معجلة

(١) فى أ : يوجد .

(٢) فى ج : عليها .

(٣) فى أ : المسألة .

(٤) فى أ : فاشترط .

(٥) سقط من ج .

فالقيمة عين ، فتدفع عينا ويرجع عند الأجل بعين أكثر منه ، وفي مسألة الفرس إذا غرم القيمة عينا رجع عند الأجل بالثياب ، وهى عروض فليس فى إيجاب القيمة فساد كما إيجاب القيمة فيه فساد فى مسألة العبدین ، فتأمل ذلك .

مسألة الحمار لربيعة

قال ربيعة - رحمة الله عليه - فيمن باع حماراً بعشرة دنانير إلى سنة ثم استقاله المبتاع فأقاله البائع بريح دينار عَجَلَهُ ، وآخر باع حماراً بنقد ، فاستقاله المبتاع فأقاله بزيادة دينار أخذه عنه إلى أجل : إن الذى استقاله جميعاً كان بيعاً ، إنما الإقالة أن يزداد البائع والمبتاع ما كان بينهما من البيع على ما كان البيع عليه ، فأما الذى ابتاع حماراً إلى أجل ثم رده بفضل عَجَلَهُ ، فإنما ذلك بمنزلة من اقتضى ذهباً فتعجلها من ذهب ، وأما الذى ابتاع الحمار بنقد ثم جاء فاستقال صاحبه ، فقال الذى باعه : لا أفيك إلا أن تربحنى ديناراً إلى أجل ، فإن هذا لا يصلح لأنه آخر عنه ديناراً بالنقد وأخذ الحمار بما بقى من الثمن فصارت ذهباً بذهب لما آخر من نقده ، ولما ألغى الذى رد الحمار من عرضه ولو كان فى التأخير أكثر من دينار أضحى [لك] (١) قبحه ، وهاتان البيعتان مكروهتان ، هذا نص لفظ ربيعة رحمه الله .

شرح ما قد يتعذر على الطالب معرفته من لفظ :

قوله : (فأما الذى ابتاع حماراً إلى أجل ثم رده بفضل عَجَلَهُ فإنما ذلك بمنزلة من اقتضى ذهباً فتعجلها من ذهب) يريد : أن ذلك من باب ضع وتعجل ، وبيان ذلك أن البائع للحمار كأنه باعه بعشرة دنانير وهو يساوى ثمانية دنانير نقداً ؛ لأن الأغلب فى المعاملات أن ما بيع فى النسيئة يستزاد فى قيمته ، ثم لما استرجعه [البائع] (٢) ومعه دينار ، صار بمنزلة من اقتضى تسعة دنانير نقداً من عشرة دنانير وجبت له إلى أجل فيها «ضع وتعجل» ، ومثل هذا ما قاله مالك فى مسألة من باع طعاماً بثمن إلى أجل ثم [أقال] (٣) من بعضه على أن يعجل له ثمن ما بقى ، فقد قال فيها : يدخل ذلك تعجيل الدين على أن يوضع عنه ، وقال أيضاً [ذلك] (٤) فى

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : قال .

(٤) زيادة من أ .

مسألة الفرس .

وعندى أن ما ذكره ربعة فى مسألته وما قاله مالك فى هاتين المسألتين من دخول « ضع وتعجل » إنما هو خوف أن يقصدا بهذا الفعل « ضع وتعجل » وليس ذلك نفس « ضع وتعجل » وإنما نفس « ضع وتعجل » أن يأخذ من جنس ما وجب له مؤجلاً أدنى منه معجلاً ولا يفارق ذلك الذى تعجله زيادة شىء ، وقد أبان فى مسألة الفرس نحو ما قلنا ، وذلك أنه قال فيها : قلت : وأين [يدخله] (١) « ضع وتعجل » فقال : ألا ترى أن الطالب [لو] (٢) أتاه فقال له : عجل لى حقى قبل محل الأجل فقال للذى عليه الحق : لا أعطيك ذلك إلا أن تضع عنى ، فقيل لهما : إن ذلك لا يصلح ، فقال الطالب للمطلوب : أنا أقيل منك سلعة تساوى أربعة أثواب وخمسة أثواب معها ، فقد أخبر بهذا أنهما أرادا أن يفعلا « ضع وتعجل » ، فلما قيل [ق/١٢٢] لهما : إن ذلك لا يصلح رجعا إلى أمر أرادا به التوصل إلى ما منعنا من فعله ، فهذا كما قدمنا من أن ذلك سبب لهما إلى « ضع وتعجل » ، وليس هو نفس « ضع وتعجل » فاعلم .

وقوله : (وأما الذى ابتاع الحمار بنقد ثم استقال بئعه فقال : لا أقيلك إلا أن تربحنى ديناراً إلى أجل) إن ذلك لا يصلح لأنه أخر عنه ديناراً بالنقد ، يعنى أخر ديناراً من النقد فالباء هاهنا بمعنى [من] (٣) وهذا سائغ فى اللغة .

وقوله : (وأخذ الحمار بما بقى فصار ذهباً بذهب) يعنى ذهباً وعرضاً ، وهو الحمار بذهب .

وقوله : (ولما ألغى الذى رد الحمار من عرضه) العرض هو الحمار ، وإلغاؤه تركه .

(١) فى ج : دخله .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : مع .

فصل

ومسألة ربيعة هذه فى بيعه النقد والنسيئة يدخل كل بيعه منها بيع وسلف وعرض وذهب بذهب .

وبيان ذلك فى بيع النسيئة : أنه باع الحمار بعشرة دنانير إلى شهر ثم تقايلا على أن يرد الحمار إلى البائع ، ويعجل له المشتري ديناراً فكأن البائع اشترى الحمار بتسعة من الدين على أن أسلفه المشتري ديناراً عجله له [يقبضه] (١) من نفسه لنفسه إذا حل الأجل ، فهذا بيع وسلف ، وأيضاً فقد باع العشرة التى له فى ذمة المشتري بحمار ودينار أخذه ، فهذا عرض وذهب بذهب .

(١) فى أ : ليقبضه .

فصل

وبيان ذلك فى بيعة النقد : أن البائع باع الحمار بعشرة دنانير ، فلم يقبضها حتى تقايلا على أن يأخذ البائع الحمار ويؤخر المشتري بدینار إلى شهر يأخذه منه عند حلول الشهر ، فكأن البائع اشترى الحمار بتسعة من العشرة التى له على المشتري ، وأسلف المشتري الدينار العاشر يقبضه منه إلى شهر ، فهذا بيع وسلف ، لأنه وجب له قبض الدينار فتأخيره به إلى شهر يعد سلفاً ، فالسلف فى بيعة النقد هذه من البائع ، والسلف فى بيعة النسيئة من المشتري على ما قدمنا ، فاعلم ذلك . وأيضاً فقد اشترى حماراً نقداً وديناراً إلى شهر فالعشرة دنانير التى أسقطها عن المشتري فهذا عرض وذهب بذهب ، ولو كان البائع قد قبض العشرة دنانير من مشتري الحمار ثم تقايلا على أن يقبض البائع الحمار ويدفع المشتري العشرة التى قبض منه ويؤخره بدینار منها إلى شهر لم يجز ذلك أيضاً ، ودخله ما تقدم [مما] (١) يفترق الحكم إذا قبض البائع العشرة وإذا لم يقبض إذا وقعت الإقالة على هيئة ما وصفنا .

وإنما تجوز زيادة البائع إذا كان قد قبض العشرة فتقايلا على أن يأخذ المشتري من البائع تسعة ويعطيه البائع ديناراً إلى أجل ، فهذا [يجوز] (٢) لأن البائع قد اشترى الحمار بدنانير عجلها وبدینار إلى أجل ، فليس [فى] (٣) هذا فساد ، وسيأتى ذكر هذا إذا كانت الزيادة من البائع ، وما يجوز من ذلك مما لايجوز بعد هذا إن شاء الله . وقول أبى محمد : « إذا كانت البيعة الأولى بالنقد فلا يتهم فى الثانية إلا أهل العينة » ليس بخلاف لما قاله ربيعة فى بيعة النقد .

وقد رأيت جواباً لأبى محمد سئل فيه عن هذا ، فقال : الذى قال مالك وربيعه

(١) فى أ : فيما .

(٢) فى ج : لا يجوز .

(٣) سقط من ج .

صحيح ، والذي قال ابن المواز : وليس فى ذلك تناقض ، لأن ابن المواز إنما يعنى بقوله : إذا كانت البيعة الأولى بالنقد فلا يتهم فى الثانية إلا أهل العينة ، إنما ذلك فى بيعة لو انفردت لكنت صحيحة ، وأما فى بيعة لو انفردت لم يجز تقدمها بيع أم لا فليس كذلك ، فأظنه فى مسألة ربعة إنما له عليه عشرة نقدًا فاشتري منه تلك السلعة أو غيرها بتسعة دنائير وآخره بالدينار العاشر ، فهو السلف والبيع ، فقد أخبر أبو محمد - رضى الله عنه - أن ما قاله ربعة ليس مما ذكره ابن المواز ؛ إذ كانت مسألة ربعة بيعة غير جائزة على انفرادها لو لم يتقدمها بيع ، فهذا يبين ما قلنا [ق/٤٦ج] إذا كان البائع قبض العشرة وعقد الإقالة على أن يردها ويؤخر المشتري بدينار إلى أجل أن ذلك غير جائز حسبما تقدم ، فاعلم ذلك .

تفرع فى بيع النسيئة :

[قال : (١)] ولو زاده المبتاع فى بيعة النسيئة ديناراً إلى الأجل نفسه لجاز ذلك إذا كان الدينار من سكة الثمن الذى وقعت به صفقة البيع الأول فى عيونها ووزنها ، لأن البائع كأنه اشترى الحمار بتسعة من العشرة الدين وأبقى عليه الدينار العاشر إلى أجل فليس فى هذا فساد ، ولو زاده المبتاع ها هنا ورقاً نقدًا أو إلى أجل لم يجز ذلك لأنه بيع ذهب إلى أجل بورق ودين بدين إذا كان الورق مؤجلاً ولو زاده عرضاً أو طعاماً إلى أجل لم يجز [ق/١٢٣أ] وهذا دين بدين ، ويجوز أن يزيده ما شاء من الطعام والعروض نقدًا ولو حل الأجل والمسألة على حالها جاز أن يتقايلا على أن يزيده المبتاع دنائير أو دراهم أو عروضاً أو طعاماً نقدًا إذا كانت الدراهم يسيرة كالعشرة ونحوها ، فأما أن يزيده من الدراهم ما يكون صرفاً [لم يجز] (٢) ويدخله إن كان المؤخر عرضاً أو طعاماً أو دراهم فسخ دين فى دين وصرف مستأخر فى الدراهم ، وإن كان المؤخر ذهباً فهو بيع وسلف ، تأخير البائع [إياه] (٣) وجب له قبضه من الذهب يعد سلفاً أو البيع الحمار بما أسقط عنه من الذهب .

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : فلا يجوز .

(٣) سقط من أ .

تفريع في بيعة النقد :

ولو كانت زيادة المبتاع في بيعة النقد معجلة فلا بأس بذلك كائنة ما كانت من عين أو طعام أو غير ذلك من جميع الأشياء إلا الدراهم ، فلا يجوز أن يزيده منها ما يكون صرفاً ، وإن كان ما زاده منها يسيراً أقل من صرف دينار جاز ، ولو زاده ذلك مؤجلاً لم يجز ودخله في الطعام والعروض والدراهم فسخ دين في دين مع صرف مستأخر في أخذه دراهم .

فصل

ولو كان البائع هو المستقيل بزيادة زادها للمبتاع فلا بأس أن يزيده ما شاء من جميع الأشياء كلها العين وغيرها نقدًا أو إلى أجل ، وسواء كان في هذا كان الثمن الأول نقدًا أو إلى أجل تفرقا أو لم يتفرقا ؛ لأنه كأن البائع اشترى الحمار بالثمن الذي وجب له على المبتاع وزيادة زادها إياه فليس في ذلك فساد ، إلا أن تكون الزيادة من صنف الحمار ، فإن كانت من صنفه فيجوز نقدًا ، ولا يجوز إلى أجل ، لأن كل شيء بمثله إلى أجل لا يجوز في المبيعة .

قال عبد الحق : كنت أفردت الكلام على هذه المسألة ، فرأيت أن أذكر ذلك في كتابنا هذا على حسب ما كنت صنعت ، وإن كان فيما كنت صنعت زيادة على ما ذكرنا ها هنا ففي هذا متسع إن شاء الله .

اعلم أنه إذا أسلم إليه في سمراء ، فقال له قبل الأجل : اجعلها لى سمراء أجود منها أو أدنى إلى أجلها ، ذلك جائز بخلاف مسألة « الكتاب » : إذا أسلم في محمولة ، فقال له : اجعلها لى في سمراء إلى أجلها ، لأن هذا أخرجها عن الصفة ، وفي المسألة الأولى لم يخرجها عن الصفة التي أسلم فيها ، فاعلم أن ذلك مفترق .

قال عبد الحق : إنما كره بيع الطعام على التصديق بثمان إلى أجل خيفة أن يجد المشتري نقصاً فيغتفره رجاء أن يؤخره بالثمان عند الأجل ، فذلك من ناحية فدية المديان ، وإن نزل ذلك لم يفسخ ، قاله بعض شيوخنا .

قال عبد الحق : يجوز أن تقرض جارية لامرأة أو لمن يعتق عليه ، مثل أن تقرضه أمه [أو أخته أو ابنته] ^(١) وكذلك إن أقرضه من ذوات محارمه ممن لا يعتق عليه للسلامة في هذا كله من عارية [الفروج] ^(٢) التي هي العلة المانعة من قرض

(١) في تقديم وتأخير .

(٢) في ج : الفرج .

الجوارى ، ونحو هذا حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى مسائل المقاصة بالعروض : ينبغى إذا كان

العرضان من سلم أن ينظر إلى رؤوس الأموال ، فإن كانت سواء مثل أن يسلم هذا إلى هذا عشرة دنانير ويسلم الآخر إليه أيضاً عشرة ، أو يكون آخر المسلمين رأس ماله أقل فيجوز ، وأما إن كان آخر المسلمين هو الأكثر فذلك غير جائز ويتقى أن يتعاملا على دنانير بأكثر منها [ويظهرا] ^(١) السلم تحليلاً ، وكذلك إن كان رأس مال هذا دنانير ورأس مال الآخر دراهم ، لا يجوز ويتقى فيه الصرف المستأخر .

قال عبد الحق : ويشد ما ذكره فى مراعاة رؤوس الأموال مسألة كتاب السلم

الثانى : إذا ضاع الرهن وأراد المقاصة ولو كان فيما ذكرنا قد أسلم كل واحد منهما إلى صاحبه فى وقت واحد لم تراعى رؤوس الأموال إذ لا تهمة فى ذلك وإنما التهمة إذا كان السلم فى غير وقت واحد فيراعى ما قدمناه ، والله أعلم .

اعلم أنهما إذا تقاسما بعرضين من بيع وهما جنس واحد إلا أن أحدهما أفضل من صاحبه والأجلان مختلفان ، فإن كان الأدنى يحل أولاً فهو « ضع وتعجل » وإن كان الأفضل فهو « حط عنى الضمان وأزيدك » فيمنع من ذلك فى الوجهين إذا كانا من بيع ، وأما إذا كانا من قرض فإن كان الأدنى يحل أولاً فلا يجوز وهو « ضع وتعجل » ، وإن كان الأفضل فيجوز [ق/١٢٤ أ] ، وإن كانا جنساً واحداً - كما وصفنا - إلا أنهما مختلفا العدد ففى البيع لا يجوز [لدخول] ^(٢) العلتين اللتين وصفنا ، إما « حط عنى الضمان وأزيدك » أو « ضع وتعجل » وأما فى القرض فإن كان أقلها عدداً يحل أولاً فهو « ضع وتعجل » لا يجوز ذلك ، وإن كان أكثرها عدداً يحل أولاً فهو زيادة فى العدد فى القرض فذلك مكروه فى المجلس ، وأما إن حلت الأجلان فيما قدمنا فيجوز ذلك كله فى البيع وأما فى القرض فيكره ذلك إذا اختلفت الأعداد من أجل كراهية الزيادة فى العدد كما بينا ، وأما إن كان أحدهما من بيع

(١) فى أ : ويظهر .

(٢) فى ج : بدخول .

والآخر من قرض والأجلان مختلفان فإن كان العدد غير مختلف وكان أولها حلولاً أدناها فهو « ضع وتعجل » فلا يجوز كان أولهما حلولاً من قرض أو بيع وإن كان أولهما حلولاً أفضلهما وهو من بيع فذلك جائز ، وإن كان أولهما حلولاً أفضلهما وهو القرض فذلك « حط عنى الضمان وأزيدك » وإن كان العدد مختلفاً وهما من جنس واحد ، فإن كان أولهما حلولاً أقلهما عدداً فهو « ضع وتعجل » فلا يجوز كان أولهما حلولاً من قرض أو بيع ، [وإن] ^(١) كان أولهما حلولاً أكثرهما وهو من قرض فهو « حط عنى الضمان وأزيدك » لا يجوز ، وإن كان من بيع ، فهو زيادة فى العدد فى القرض فيكره ذلك على ما بينا ، وإن حلت الأجلان فى هذا جاز ذلك إلا أن يختلف العدد فيكره ذلك ؛ لأنه زيادة فى العدد فى القرض ، وأكثر هذا أعرفه لابن المواز ، وذلك بين على أصولهم فتدبره .

(١) فى أ : فإن .

كتاب البيوع الفاسدة

قال عبد الحق: إنما قال : (إن حوالة الأسواق في الربيع ليس بفوت) وفرق بينهما وبين سائر العروض ، لأن الأغلب في الربيع أنه إنما يشتري للقنية لا للتجارة به ، فلم يكن التأثير في ثمنه فوتاً ، وغيره من القروض الأغلب أنها تشتري للتجارة ويطلب النماء فيها فكان التأثير في أثمانها مفيداً لها ، والله أعلم .

وإنما قال ابن القاسم في العروض إذا حال سوقها ثم رجعت إلى ذلك السوق : إن القيمة قد وجبت ، وقال : إذا باعها ثم رجعت إليه بشراء أو غيره [أنها] ^(١) ترد من أجل أن التي حال سوقها ثم رجع لم يرجع السوق بنفسه ، وإنما رجعت إلى سوق مثله وإذا رجعت [له] ^(٢) بشراء أو غيره من وجوه الملك فقد عادت إلى الملك الأول نفسه ، وأيضاً فإن حوالة الأسواق ليس بأمر يقدر عليه المشتري ولا هو من فعله ، والبيع [بسبب] ^(٣) المشتري ومن فعله .

قال عبد الحق: قد احتج لابن القاسم بما وصفنا وبغيره ، وليس ذلك عندي بالقوى [ق / ٤٧ج] ، وقول أشهب أقيس ، والله أعلم .

لأن هذه [الحوادث] ^(٤) كلها من عقد البيع أو حوالة سوق نظروها قد وجبت ولزمت فلما لزمت في حال لم تبطل ، ألا ترى لو تحاكما حيثذ ، أما كان يقضى بالقيمة ، فليس رجوعها إلى ما ذكر مما يسقط القيمة التي ترتبت ولزمت ، والله أعلم .

وإنما قال ابن القاسم في الهبة للثواب : إذا باعها الموهوب قبل أن يثيب عليها ثم رجعت إليه إن القيمة قد لزمته .

(١) في أ : فإنها .

(٢) في أ : إليه .

(٣) في ج : من سبب .

(٤) في أ : الجوابات .

وفَرَّقَ بين ذلك وبين مسألة البيع الفاسد من أجل أن الموهوب له أن يلتزم الهبة بقيمتها وإن لم يثيب ، فلما بسط يده فيها بالبيع كان ذلك اختياراً منه للقيمة ، والبيع الفاسد ليس كذلك إذ هما مغلوبان على فسحه ، فإنما رجعت إليه فسخ بيعهما ما لم يكونا قد تراجعا القيمة أو فاتت بشيء من وجوه الفوت .

قال : إذا اشترى جارية بجاريتين غير موصوفتين ففاتت الجارية جاز أن يجتمعا على إردادها إلى ربها .

قال محمد : بعد معرفتهما بالقيمة .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إنما يصح هذا إذا كانت الجارية وحشاً لا تتواضع ، فأما التي فيها المواضعة فلا يجوز تراضيها فيها بما وصفنا ؛ لأن القيمة دين على المشتري أخذ البائع في ذلك الدين جارية فيها مواضعة فذلك فسخ دين في دين ، وهذا بين فاعلمه .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا غلب الحب في الخلفة كلها أو في بعضها بعد جزه للرأس وجب التقويم [يوم] ^(١) عقد الصفقة على أن يقبض في الأوقات المعتادة ، وإن غلب الحب في جميع الرأس وفي بعضه فليس في هذا [ق/١٢٥] تقويم ؛ لأنه إن غلب في جميعه انتقض البيع ورجع بالثمن ، وإن غلب في نصفه فيسقط نصف الثمن ، أو في ثلثه فيسقط ثلث الثمن ، فمحصول ما ذكرنا أن التقويم لا يكون في الرأس وإنما فيه القياس ، وإنما يكون التقويم في الخلفة ولا تقوم الرأس من جهة فساد بعضه .

واعلم أن قليل ما تحب وكثيره سواء في هذا بخلاف الجوائح التي يراعى الجائحة إن كانت يسيرة أو كثيرة من أجل أن الذي يحب مردود على البائع ، فلا بد له أن يغرم ما يخصه يسيراً كان أو كثيراً ، وفي الجائحة إذا كان القليل قد ذهب لا يقع للبائع فيه ، فلم يلزم البائع ما يخصه حتى يبلغ ذلك ما قامت السنة فيه ، وذلك أن يكون الثلث فأكثر .

(١) سقط من أ .

واعلم أنه إنما يجوز شراء الخلفة بعد الرأس إذا كان مشتري الرأس لم يجزه حتى اشترى الخلفة ، فأما إن جز الرأس مما زاد شراء الخلفة فهو وغيره سواء [لا يسوغ] (١) له ذلك ، لأنه غرر منفرد ، وأولاً قد أضافه إلى الأصل فاستحق ، وكان في حيز التبع ، فهذا مفترق ، والله أعلم .

واعلم أن الخلفة لا تكون للمشتري إلا باشتراط كمال العبد ومأبور تمر النخل وليس كحلية السيف التي هي له ، وإن لم يشترطها حتى يشترطها البائع لنفسه ، لأن شراء السيف إذا وقع مجملاً إنما هو على هذه الجملة المئوية [المرتبطة] (٢) حليتها بنصلها [فليس ذلك سواء] (٣) فاعلم .

قال بعض شيوخنا من [غير] (٤) أهل بلدنا : قوله : (كتب عمر (٥) بقطع المعادن) (٦) إنما يعنى كتب ألا يعمل فيها أحد كما في « كتاب ابن المواز » ولم ترد كتب بإقطاعها أن يقطع لمن يعمل فيها ، وذلك لأن النبي عليه السلام قد أقطعها مما يحتاج إلى أن يخبر بأن عمر بن عبد العزيز كتب بذلك ، وإنما أراد أنه أمر ألا يعمل فيها كما وصفنا ، [فاعلم ذلك] (٧) .

قال : قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا وغيرهم في الذي يبيع ويشترط على المشتري : إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا فلا بيع بينهما ، فكان البيع جائزاً والشرط باطلاً : لا يؤخذ الثمن إلا إلى الأجل ولا يؤخذ حالاً إذا عرى الأمر من دليل على أنهما قصدا تعجيل الثمن ومن غيره هو محمول على أنه بيع بضمن مؤجل .

قال بعض شيوخنا من غير أهل بلدنا فيمن باع سلعة بضمن إلى أجل ،

(١) في أ : لا يجوز .

(٢) في أ : المراقبة .

(٣) في أ : فتين ذلك .

(٤) سقط من ج .

(٥) ابن عبد العزيز .

(٦) المدونة (٣/ ١٩٥) .

(٧) زيادة من أ .

فتراخى قبضها إلى أن حل الأجل : يجرى الأمر فيها على قولين فى إمساكه إياها حتى يقبض الثمن ، والقولان [اللذان] ^(١) أردنا فى مسألة المرأة يتزوجها بنقد وأجل فيتراخى الدخول إلى أن حل الأجل ، فقليل : ليس يدخل حتى يدفع المؤجل وللرأة أن تمنعه [من] ^(٢) نفسها ، وقيل : ليس لها منعه ، وإذا أتى بالمعجل دخل ، فهذان القولان يجريان فى المسألة التى ذكرنا ، فاعلم .

قال لنا بعض شيوخنا من القرويين : إذا بقيت السلعة بيد البائع إلى أن حل الأجل ، أو فلس المشتري أو مات ، فوجب حلول الثمن ، يجب على مذهبه فى «المدونة» أن يكون للبائع حبسها حتى يقبض الثمن ويصير ذلك كبيع النقد سواء ، يدل على ما قلنا من مسائل «المدونة» مسألة من نكح على نقد مؤجل فادعى الزوج دفع المؤجل ، فقد قال فيها : (إن بنى بها بعد الأجل صدق الزوج) فجعله إذا بنى بعد الأجل كمن نكح على صداق حال غير مؤجل أن الدخول يبرئ الزوج ، فالمسألة التى ذكرنا مثلها ، والله أعلم .

قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا وغيرهم : إذا باعه سلعة على أن يعطيه رهناً ثقة من حقه فأعطاه رهناً فهلك لا يلزمه رهن ثان ، وبحوزه إياه صار كالمعين ، لأنه قد شرط أن يوثقه ففعل ، وليس عليه غير ذلك [وليس كالراحلة غير المعينة تهلك فيجب عليه أن يأتى بغيرها] ^(٣) لأن الغرض فى الكراء المضمون بلوغ المسافة التى شارطه عليها ليعين الراحلة فلا بد له من تبليغه ، فالحكم فى ذلك مفترق ، والله أعلم .

تم [الكتاب] ^(٤) بحمد الله وعونه . [ق/١١٢٦] .

(١) فى أ : التى .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : [أن يأتى بغيره ، بخلاف من أكرى دابة ليست بعينها فأتاه بها فهلك بعد الركوب فعليه أن يأتى بغيرها] .

(٤) فى أ : كتاب الآجال ، وهذا كتاب البيوع الفاسدة ، وكتاب الآجال قبل هذا الكتاب .

كتاب بيع الخيار^(١)

قال عبد الحق : يجوز الخيار في الدابة اليومين والثلاثة كما قال في الثوب ، وإنما ذكر في «الكتاب» إذا اشترط ركوبها ، فقال : الدابة تركب اليوم ونحوه ، وأما من غير شرط ركوب فيجوز فوق ذلك [اليوم]^(٢) واليومين والثلاثة كما ذكرنا فاعلمه .

وذكر في « المدونة » أمد الخيار في الدور ولم يذكر الأرضين ، ورأيت في «كتاب ابن حبيب » أن الدور والأرضين سواء يجوز الخيار فيها الشهر والشهرين ، ولا وجه لتفرقة من فرق بين الدور والأرضين ، ولا حجة له بذكر عشرة أيام في مسألة البئر لأن ذكره عشرة أيام في مسألة البئر لم يذكره على جهة تحديد أمد الخيار فيه ، وإنما السؤال جرى على ذلك ، والأمر في الدور والأرضين سواء كما قدمنا ، والله أعلم .

قال عبد الحق : وإنما فرق بين الدواب والرقيق في أمد الخيار ؛ لأن الرقيق يعقل فقد يظهر العبد أو الأمة من [النشاط والعمل]^(٣) ما لا يدوم عليه ، والدواب هذا غير موجود فيها ، فكان الأمد فيها أقصر .

قال عبد الحق : قال حمديس في « مختصرة » : ولا يجوز على أصله أن يشترط لباس الثوب في الخيار وسكنى الدار ، لأن اختيار ذلك إنما هو بالنظر والمشورة ، وهو قول أشهب في الثوب ، وهذا الذى ذكر في سكنى الدار فيه نظر عندى ، بل يحتمل أن يجوز ذلك لأن بسكناه في الدار يختبر جيرانها ويعرف أمره بينهم كيف يكون [إذا جاورهم]^(٤) فليس ذلك كشرط لبس الثوب ، والله أعلم .

(١) هنا اختلاف وقع في « أ » في ترتيب الكتب .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ تقديم وتأخير .

(٤) سقط من ج .

قال ابن سحنون : من شرط النقد فى أيام الخيار فهو كمن اشترى وأسلف فى فوات السلعة .

وهذا الذى ذكر خلاف « المدونة » ؛ لأنه قد جرى فيها فى مسألة من وجد عيباً فيما ابتاعه بالخيار وشرط النقد ذكر القيمة ، ولم يقل الأكثر كما يستعمل فيمن اشترى وأسلف ، وإنما أجراه بسبيل سائر البيوع الفاسدة فى إيجاب القيمة ما بلغت .

قال بعض [شيوخنا من] ^(١) القرويين : وإنما سلك بهذا البيع [ق/٤٨ج]

مسلك البيوع الفاسدة ولم يكن كمن اشترى وأسلف ؛ لأن وجه فساد ذلك أن النقد يصير ديناً على قابضه دفع به جارية فيها خيار ، فهو كمن قبض من دين له سلعة فيها خيار ، أو أمة فيها مواضعة ونحو ذلك مما لم يجر قبضه ، فذلك فسخ دين فى دين ، [وأضعف] ^(٢) الاعتلال بأنه تارة سلفاً وتارة ثمناً وأن البيع والسلف ، السلف فيه خارج عن الثمن والمثمن ، وقال : ليس هذا مما يفرق به بين ذلك .

قال بعض الأندلسيين : وإذا وقع البيع باشتراط النقد فليلهما : إن هذا لا

يجوز ، فقال البائع : أنا أسقط تعجيل النقد ، أمضى البيع بالخيار ، فينبغى على أصولهم ألا يكون ذلك له وأن يكون بيعهما فاسداً ، بخلاف من باع سلعة واشترط أن يسلفه المشتري سلفاً ، ثم قال : أنا أسقط السلف ، قبل أن يقبضه وأمضى البيع ، فتدبر ذلك .

حكى عن أبى محمد فى مسألة الخيار فى السلم المضمون : إن التطوع بالنقد لا

يجوز فيها ويدخله أن المبتاع إذا اختار جواز السلم بعد انقضاء أجل الخيار صار قد فسخ الثمن الذى كان دفعه للبائع فى شىء لا يتعجل قبضه ، بخلاف جواز النقد بعد العقد فى بيع شىء على خيار أو أمة على مواضعة ؛ لأن هذا إذا انقضى أجل الخيار أو خرجت الأمة من المواضعة فقبضه المبتاع بما كان دفع لم يدخله فسخ شىء فيما لا يتعجل ، والله أعلم .

(١) فى أ : شيوخ .

(٢) فى أ : ويضعف .

قال بعض [شيوخ] ^(١) القرويين : وإذا تطوع بالنقد فى الخيار فى السلم فأخبر بفساد ذلك فرجع فأخذ ما نقد قبل تمام الخيار أو بعده ، صح السلم ، لأن عقدة السلم فى الأصل صحيحة وإنما فسد ما أحدثاه ، فإذا أبطلنا ما أحدثاه لم يبطل العقد الأول الصحيح ، والله أعلم .

قال عبد الحق : فى مسألة : (العبدین يبيعهما بثمن إلى أجل على أن يرد أحدهما عند الأجل بنصف الثمن) يريد رد أحدهما بعينه أنه يصير إنما اشترى أحدهما واستأجر الآخر إلى ذلك الأجل [بالثمن] ^(٢) الذى يبقى عليه ، فهذا إنما يصح إذا [سمى ما] ^(٣) يستعمل المردود فيه [ق/ ١٢٧أ] أو دخلا على أن يعمل شيئاً قد عرفوه ، وإلا فهو كمن استأجر أجيراً ولم [يعمله] ^(٤) فيما يستعمله فذلك فاسد ، قاله غير واحد من [شيوخنا] ^(٥) قالوا : وإن لم يعين المردود وإنما شرط إرداد [أحدهما مبهماً] ^(٦) فذلك فاسد ، فإن فاتا جميعاً فعليه نصف قيمتهما ونصف إجارتهما لأن أحدهما مبيع والآخر مستأجر ، وكذلك إن فات أحدهما فعليه نصف قيمته ونصف إجارته ويرد الباقي ، فاعلم ذلك .

حكى عن أبى محمد فى كلام أشهب [فى مسألة خيار الورثة] ^(٧) فى وجه النظر : والاستحسان إذا ورث قوم الخيار ، قال : يصير ذلك إذا أجاز البيع أحد ورثة المشتري ورده الآخر ، فهاهنا إن رضى البائع أن يتماسك بنصيب الراد ويجيز للآخر نصيبه ، لزم الآخر نصيبه ولم يكن له فى النظر ولا فى الاستحسان أخذ نصيب الراد إلا برضا البائع ، فأما إن قال البائع : لا أجزى لهذا الذى رضى بالبيع أخذ نصيبه ، فهاهنا يفترق النظر والاستحسان ، فأما على وجه النظر فإنه يقال حيثئذ للمتمسك : يلزمك أن ترد نصيبك على البائع كما رد صاحبك ، وليس لك

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : بنصف .

(٣) هكذا بالأصل .

(٤) فى ج : يعلمه .

(٥) فى أ : شيوخ صقلية .

(٦) فى أ : واحد منهما .

(٧) سقط من ج .

أن يتماسك بنصيبك ، فتكون قد أخذت بعض الصفقة بغير رضا البائع ولا لك أخذ نصيب صاحبك لأنه قد رده على البائع فليس لك أخذه منه بغير رضاه ، هذا وجه النظر هاهنا .

وأما [على] ^(١) وجه الاستحسان فيه : فإن الذى يتماسك بالبيع إن شاء أن يرد الجميع أو يأخذ الجميع ، فإن رضى حيثئذ أخذ الجميع مصابته ، ومصابة الراد كان ذلك له وإن كره البائع [لأنه يقال] ^(٢) للبائع : أنت إنما كنت تطلب من المشتري ثمن جميع سلعتك ، فإن رضى المتمسك أن يدفع إليك جميع الثمن ويأخذ جميع السلعة فلا حجة لك عليه فى الاستحسان ، وكذلك ما جرى فى «الكتاب» فى الوارث الكبير الذى يلى نفسه إذا أراد رد البيع هو وأحد الوصيين معه فنظر السلطان فى ذلك وأمر الأوصياء بالأخذ أو الرد ، أنه ينظر إلى البائع فإن رضى أن يتماسك بنصيب الكبير الراد ويسلم للأوصياء أخذ نصيب المولى عليه كان ذلك له ولزم الأوصياء ذلك ، وإن لم يكن لهما حيثئذ فى النظر ولا فى الاستحسان أن يأخذا من البائع نصيب الراد إلا برضاه ، وإن لم يرض البائع أن يتماسك الأوصياء بنصيب المولى عليه لزمهما رده على البائع كما رد الكبير ولم يكن لهما أن يتماسكا به ، وهذا على وجه النظر .

وأما فى الاستحسان فللأوصياء حيثئذ رد الجميع ، فإن رضيا أخذ الجميع مصابة المولى عليه ومصابة الكبير الراد كان ذلك للأوصياء وإن كره البائع ، لأنه إذا وجد جميع الثمن الذى كان له فلا حجة له .

قال : قال بعض الأندلسيين فيما أملاه بعض مشايخنا ، قال : معنى قول

أشهب : (وأستحسن لمن أجاز منهم أن يأخذ مصابة من لم يجز إن شاء) إنما ذلك فى المشتري إذا مات وكان له الخيار ؛ لأنه إن أجاز بعض الورثة ورد بعضهم فأخذ المخير مصابة الراد لم يدخل فى ذلك ضرر على الراد ولا على البائع إذا أمضى ذلك

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : فإنه يقول .

ولا يدخل ذلك فى ورثة البائع إذا كان الخيار له فأجاز [بعضهم] ^(١) ورد بعضهم ، ولا يقال لمن أجاز : خذ مصابة من لم يجز ، لأنه إن قيل له ذلك لم يتتفع أبناء الراد برد البيع وأخذ ماله كرهاً وألزم عهدة نفر منها ، ووقع الضرر أيضاً على المشتري فى تبعض الشراء عليه إذا أبى من ذلك ، وهذا قائم فى النظر ، ولو أن قاتلاً قال : إن أشهب لم يرد إلا أن يكون لورثة البائع من الخيار ما لورثة المبتاع ، لقلت : ما أبعدت إتباعاً للفظ « الكتاب » .

قال عبد الحق : وسألت بعض [شيوخنا من غير أهل بلدنا] ^(٢) عن اختلاف ورثة البائع هل يكون بمنزلة اختلاف ورثة المشتري ؟

فقال : يكون الذى يريد فسخ البيع من ورثة البائع بمنزلة الذى يريد إمضاء البيع من ورثة المشتري ، ويجرى الجواب سواء فيكون للذى لم يرد إمضاء البيع من ورثة البائع أن يأخذ مصابة من أراد إمضاء البيع ، لأن الذى أراد الإجازة من ورثة البائع قد رضى بإخراج نصيبه من يده وأخذ الثمن فيه ، فإذا قال له الذى أراد إبطال البيع : أنا آخذ نصيبك وأعطيك الثمن الذى أردته ودعوت إليه ، كان ذلك له ، وهو أقوى حجة من يريد الإجازة إذا قال المريد الفسخ : أنا آخذ نصيبك ، فاعلم ذلك .

وقال لى بعض شيوخنا من القرويين : ما ذكر أشهب من النظر والاستحسان لا يدخل فى ورثة البائع ، وليس للذى أراد الإجازة (ق/ ١٢٨ أ) أن يأخذ نصيب الذى أراد الرد ، ولا للذى أراد الرد أخذ نصيب الذى أراد الإجازة ، وإنما يصح ما ذكر أشهب فى ورثة المشتري خاصة حسبما ذكر ، والله أعلم .

حكى عن أبى محمد أنه قال فى مسألة : (الذى يشتري سلعة بخيار ثم يموت قبل [أن] ^(٣) يختار وعليه دين فيختار الغرماء أخذاً أو ردّاً ، وذلك أوفر لتركته .

قال : إنما لهم ذلك إذا كان ما طلع من فضل فللميت يقضوا منه دينه ، وإن

(١) فى أ : بعض الورثة .

(٢) فى أ : شيوخ صقلية .

(٣) سقط من ج .

كان نقصان فعلى الغرماء بخلاف المفلس يؤدي عنه الثمن) هذا [ق/٤٩ج] ما كان من فضل أو نقص فعلى المفلس وله ؛ لأن الثمن كان له لازماً والذي ابتاع بخيار لم يلزم ثمنًا فافترقا .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا اختار الغرماء رد السلعة التي اشتراها المبتع بخيار وكان أخذهم نظرًا فليس للسلطان أن يجعلهم يأخذونها لأنهم يقولون : قد وجب لنا أن نأخذ حقوقنا مما ترك وليس يلزمنا أن ننجز للمبتع . وهذا بخلاف إذا وهب هبة للثواب فأراد الغرماء ردها وكان أخذها نظرًا هاهنا ليس للغرماء الرد .

والفرق بين ذلك : أن هبة الثواب قد ضمنها الموهوب بقبضه إياها ، وبيع الخيار ضمانه من بائعه ، فهذا مفترق ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قال بعض [شيوخنا من غير أهل بلدنا] (١) : ذهب ابن لبابة أنه إذا باع على رضا فلان ، إن اختار البائع خاصة إمضاء البيع واختار ذلك فلان خاصة وأباه البائع ، إن البيع تام باختيار أحدهما على ظاهر « المدونة » وخالفه غيره في هذا التأويل .

قال عبد الحق : قال بعض القرويين في مسألة : (المشتري سلعة من رجل ثم يجعل أحدهما لصاحبه الخيار فيها) معناها أن المبتاع قد نقد الثمن وقبض السلعة ثم جعل للبائع فيها الخيار ، فأما إن لم يكن نقد الثمن فجعل المبتاع للبائع الخيار فلا يجوز ذلك وهو كمن باع بالخيار على شرط أن ينقد لأن الثمن في ذمة المبتاع ، فكأنه باع السلعة من البائع على بقاء الثمن الذي في ذمته له ، ولو كان البائع هو الذي جعل الخيار للمبتاع لكان كذلك ، ويدخله أيضًا إذا لم ينقد أخذ سلعة على خيار من دين له على المبتاع ، وهذا لا يجوز .

قال عبد الحق : قول أبي محمد في مسألة : (إذا نظر إلى بعض الخنطة فرضيه ثم نظر إلى ما بقي فلم يرضه) يريد ولا عيب فيما رضى ، يريد أنه لو كان الذي رضىه معيبًا ثم كان الباقي لما نظره معيبًا مثل عيب الذي رضى به سواء أن له

(١) في أ : شيوخ صقلية .

رده ولا حجة عليه بما رضى به [لأنه] ^(١) إن يقول : ظننت الثانى سليماً فاغتفرت العيب فيما تلف أولاً ولو علمت أنه معيب كله لم أرض به ، فذلك له الرد إن كان باقيه معيماً حسب عيب الذى رضى به ، فاعلم .

وأما مسألة الثياب والرقيق لو نظر إلى بعضها فرضيه ، فلا يلزم باقيها وإن كان على الصفة ، إلا أن المبتاع ليس له أخذ ما رضى به كان أقل الصفقة أو أكثرها ، وإن رضى البائع ، لأن حصة ذلك من الثمن مجهولة ، وإنما له أخذ الجميع أو رد جميع الصفقة ، وهذا بخلاف ما ذكر ابن القاسم فى القمح ، حكى هذا عن أبى محمد [وأبى القاسم بن شبلون] ^(٢) رحمهما الله .

وحكى أيضاً عن أبى محمد أنه قال : ولو قال قائل : إن هذا مثل القمح إذا رضى بعضه لزمه باقيه إذا كان على الصفة ، ما أبعد ، والله أعلم .

حكى عن أبى محمد فى الأمة تشتري [بختيار] ^(٣) فيرضى بها ثم يطلع على عيب قديم ويحدث عنده عيب مفسد ، قال : إذا اختار المشتري الرد قومت الأمة ثلاث قيم ، يقال ما قيمتها بعيب الخيار يوم الصفقة ؟ فإن قيل : عشرة ، قيل : وما قيمتها [أيضاً] ^(٤) به وبعبء التدليس يوم الصفقة ؟ ، فإن قيل : تسعة ، قيل : وما قيمتها أيضاً يوم قبضها بالعيب الذى حدث عنده ؟ فإن قيل : ثمانية ، ردها ورد معها عشر الثمن ، ولا يجوز هاهنا إذا ردها أن يخيرا فيها بقيمتين لأننا إذا قلنا : كم قيمتها بعيب الخيار وبالعيب الذى دلس به البائع ؟ فيقال : تسعة ، وقلنا : كم قيمتها بذلك وبالعيب الذى حدث عند المبتاع ؟ فيقال : ثمانية ، وجب أن يرد المشتري معها تسع الثمن وإذا قومت ثلاث قيم كما وصفنا رد معها عشر الثمن فنظلم المشتري إذا أغرمناه تسع الثمن ، وإنما يلزمه عشر الثمن ، والله أعلم .

وقوله فى «الكتاب» : (يقوم يوم الصفقة) يريد بعد أيام الخيار وبعد خروجها

(١) فى أ : لأن له .

(٢) فى ج : ابن شبلون .

(٣) فى أ : بالخيار .

(٤) سقط من أ .

من المواضعة ، لأنها من يومئذ تحصل فى ضمان المتباع ولا تقوم قبل ذلك فى حال هى فى ضمان البائع .

وحكى عن ابن مناس أنه كان يقول : القيمة يوم [ق/١٢٤أ] عقد البيع على ظاهر «الكتاب» ، وفى «الكتاب» قد ذكر يوم الصفقة وذكر يوم القبض فى القيمة بالعيب الحادث فلا تعلق بظاهر «الكتاب» فإذا لم نعلق [بظاهره] (١) لما قلنا من أنه ذكر يوم الصفقة وذكر يوم القبض فالرجوع إلى ما يوجبه النظر أولى ، وذلك أن تكون القيمة يوم حصولها فى ضمان المشتري لا فى وقت هى متعلقة بضمان البائع ، واحتج ابن مناس فيما ذكر بمسألة كتاب الشفعة : إذا باع شقصاً بخيار وباع صاحبه شقصه بيع بتل ، فقد قال : إن تم بيع الخيار فالشفعة لمبتاعة . فراعى عقد الصفقة ولم يراع تمامها ، وهذه مسألة لم يتفق عليها ، وقد أنكرها سحنون فيما أظن ، [فاعلم] (٢) .

قال بعض الأندلسيين فى قوله فى هذه المسألة : (ولا ينظر إلى العيب الذى حدث فى أيام الخيار فى شيء من ذلك) إنما معناه : لا ينظر إلى نقصانه فيرده المشتري كما رد ما نقص العيب المفسد الحادث عنده .

قال عبد الحق : اعلم أن هذه المسألة إذا كان البيع صحيحاً يقوم فى الرد ثلاث قيم ، وفى الإمساك قيمتين كما تقدم ، وأما إذا فسد البيع باشتراط النقد فى الخيار والمسألة على حالها ، فإن أراد الرد فتقوم قيمتين ، وإن أراد الإمساك فقيمة واحدة . وبيان ذلك : إن أراد إمساكها تقوم بعيب الخيار والعيب القديم فيكون عليه قيمتها بالعيين جميعاً ، وإن أراد الرد نظر إلى قيمتها بالعيب القديم والعيب الحادث فى أيام الخيار فيقال : خمسون ، ثم ينظر إلى قيمتها إن لو كان فيها يوم قبضت هذا العيب أيضاً الذى حدث [بها] (٣) عند المشتري مع العيين القديم والحادث فى أيام الخيار ،

(١) فى أ : بظاهر الكتاب .

(٢) فى أ : والله أعلم .

(٣) سقط من ج .

فيقال: أربعون ، فإرد المشتري ما بين القيمتين ، وذلك عشرة .

قال ابن المواز وغيره في هذه المسألة : ولو لم يحدث بها غير حوالة الأسواق وشاء أن يحبسها فإن عليه قيمتها بعيب الخيار فقط على أنها سليمة من عيب التدليس ؛ لأن حوالة الأسواق لا يفيت ردها بالعيب ، وكأنه قد رضيه وبقيت البيع الفاسد فصارت القيمة كالثمن في البيع الصحيح لا ينقض منه لعيب يملك الرد به .

قال ابن عبدوس : وهذا قول ابن القاسم وأشهب ، وخالفهما سحنون فقال : عليه قيمتها بالعيين جميعاً .

قال عبد الحق : قد احتج ابن المواز بما ذكر .

ووجه قول سحنون في ذلك : أن الجزء المعيب لم يصح للمشتري فيه قبض وقد بقيت حصته عند البائع فإذا أمسكها المشتري فإنما عليه قيمة الأجزاء المعيبة بعيب الخيار والتدليس حسبما قبض ، ولا يختلفوا إذا حدث عيب مفسد عند المشتري ، لأن الرد قد فات من أجل العيب الحادث ، فاعلم .

ولو لم يتغير سوقها ولا حدث عنده عيب فسخ البيع ولا خيار له في حبسها ، فاعرف الثلاثة أوجه إذا لم تفت بشيء ، وإذا فاتت بحوالة الأسواق فقط ، أو فاتت بطرئان عيب مفسد ، الأمر فيها على ما بينا ، فتدبر .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا اشترى ثوباً من ثوبين يختار أحدهما على الإيجاب في أحدهما فضاعاً جميعاً ، فسواء قامت بينة على الضياع أو لم يقم أحدهما من البائع والآخر من المبتاع إذ على الإيجاب أخذه ولو تلف أحدهما بينة أو بغير بينة فمضيبة التالف منهما والباقي بينهما ، ولا خيار للمبتاع في أخذ بقية الثوب الذي بقى بينهما [ق/ ٥٠ج] وفي هذه المسألة إذا كان أحدهما على الإيجاب فذهب أيام الخيار وتباعدت ، لزمه نصف كل ثوب ولا خيار له ، كان الثوبان بيده أو بيد البائع ، وأما إن كانا على غير الإيجاب فمضت أيام الخيار وتباعدت لم يكن له أخذ واحد منهما كانا [بيد] ^(١) البائع أو المبتاع ، بخلاف إذا كان الخيار في ثوب واحد .

(١) في أ : يد .

والفرق بين ذلك : أن في مسألة الثوب وقع البيع على غير واحد فبمضى أيام الخيار وتباعدها وإمساكه الثوب علم أنه قد اختاره ، وفي مسألة الثوبين وقع البيع على واحد منهما غير معين ، فإذا مضت أيام الخيار وتباعدت لم يعلم أيهما يختار ، فإن أراد أخذ أحدهما بعد ذلك صار كمختار بعد أيام الخيار فلم يكن له ذلك .

قال [غير واحد من شيوخنا من غير أهل بلدنا] (١) : وما وقع في مسألة الدنانير ، ومعناه إن تلفه الدينارين لا يعلم إلا بقوله ، (هذا ليس بصحيح) على ما قيدنا في مسألة الثياب إذا كان أخذهما على الإيجاب ، وسواء علم تلف الدينارين أو لم يعلم إلا بقوله .

قال بعض شيوخنا من القرويين في مسألة : الثوبين يشتريهما على أن يختار [ق/ ١٣٠] البيع فيهما جميعاً أو يردهما فيضيع أحدهما لو كان الهالك أفضلهما اتهم أن يكون غيبه ، فيجب لذلك عندى أن يلزمه جميعاً ، وليس له رد الباقي ويكون ذلك كمثل [أن] (٢) لو ضاعا جميعاً ، والله أعلم .

اعلم أن الثوب المبيع بخيار إذا كان بيد البائع والخيار له لا يحتاج بعد أمد الخيار إلى الإشهاد إذا كان إنما يريد فسخ البيع ، وإن كان إنما يريد إمضاه فيشهد على ذلك ، وإن كان الثوب بيد المشتري وأراد إمضاه البيع ، [أمضاه] (٣) ولا يحتاج إلى إشهاد ، وإن أراد رد البيع فها هنا يحتاج إلى الإشهاد وهذا بين ، فاعلمه .

قال بعض [شيوخ] (٤) القرويين في مسألة : الثوبين يختار أحدهما : إذا قال بعد هلاك أحدهما : إنما هلك بعد أن اخترت هذا الباقي ، قال في « كتاب ابن المواز » : هو مصدق ، والذي في « المدونة » أحسن ، [أنه] (٥) غير مصدق إلا أن يشهد على ذلك ، لأنه متهم أن يضع عنده أحدهما فيقر من ضمانه بأن يحدث في

(١) في أ : بعض شيوخ صقلية .

(٢) في أ : ما .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

الآخر ما يجب عليه ضمانه .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وما ادعى ضياعه عما اشتراه على خيار وهو بما لا يعاب عليه ، فلا بد في ذلك من يمينه كان متهمًا أم لا ، وكذلك في العارية إذا كانت حيوانًا ، وفي دعواه ضياع ما استأجر يحلف في هذا كله المتهم وغيره ، بخلاف الودائع ، لأن [ما] ^(١) وصفنا قبضه لمنافعه والودائع لم يقبضها لمنافعه ، إنما النفع فيه لربها في صيانة هذا لها [وحوطته إياها] ^(٢) فلا يمين عليه في ضياعها إلا أن يكون متهمًا ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : الذي يجوز أن يشترط البائع خياره من غنم باعها أو نحوها ما كان مثل ثلث الصفقة فأقل ، وما هو أكثر من الثلث ففي حد الكثير لا يجوز له ذلك .

قال عبد الحق : إنما قال مالك في البائع لأصل حائطه : (يجوز أن يستثنى منه خيار أربع نخلات أو خمس وهي ثمرة) ^(٣) لأن البائع يعلم حائطه وحده من دينه ، فكان ذلك الذي استثنى هو معلوم عنده ، فليس يتوهم عليه أنه قد يختار هذه ثم ينتقل إلى هذه كما نقول في المشتري ؛ لأن المشتري لا علم له بالحائط ، فهذا الذي يحمل عليه التنقل ، والبائع كأنه قد استثنى معلوماً له قبل الاختيار ، فاعلم ذلك .

تم كتاب بيع الخيار بحمد الله وحسن عونه .

(١) في أ : فيما .

(٢) في أ : حيطته عليها .

(٣) المدونة (٣/٢٣٣) .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على محمد وآله وسلم

كتاب المراجعة

قال عبد الحق : اعلم أن ما كان من صنعة قائمة كالصبغ والخياطة والكماد والطراز والفتل ونحو ذلك يحسب فى بيع المراجعة ويحسب له الربح ، وما كان ليس بعين قائمة لكنه ينمى السلع فى أنفسها أو صفق أسواقها كنفقة الرقيق وكراء الحمولة ، فهذا يحسب ولا يحسب له ربح ، وما كان ليس بعين قائمة ولا فيه تنمية للسلع فى أنفسها ولا هو مما ينفق أسواقها فلا يحسب ولا يحسب له ربح ككراء البيت ونفقة نفسه ونحو ذلك ، فذلك ثلاثة أقسام .

واعلم أنه لو كان هو تولى الطراز والصبغ ونحو ذلك لم يجز أن يحسبه ويحسب له الربح ، لأنه يصير كمن وصف على سلعة ثمنًا باجتهاده ، وإنما يصح ما ذكر فى « الكتاب » إذا كان قد استأجر على ذلك [لا أنه] ^(١) هو الذى فعل ذلك ، وهذا بين فاعلمه .

وما جرى فى « الكتاب » إذا ضرب الربح على الحمولة ولم يبين ، راجع إلى [ما قاله] ^(٢) سحنون وهو معناه : إن السلع إذا كانت قائمة خير بين إزالة ما لا يحسب وربحه وإزالة ربح الحمولة وربح نفقة الرقيق ، أو رد السلعة إلا أن [يتماسكها] ^(٣) المبتاع ، فإن فاتت كانت كمسألة الكذب إن لم يضع البائع ما ذكرنا كان على المبتاع القيمة إلا أن تكون أكثر من جميع الثمن فلا تزداد ، أو تكون أقل من الثمن بعد طرح ما لا يحسب وربحه وطرح ربح ما يحسب ولا يحسب له ربح فلا ينقص ، وكذلك قال ابن عبدوس : إن معنى المسألة على ما ذكر سحنون ، وإنما لم يذكر القيمة فيها إذا فاتت لأن القيمة أقل بعد طرح ما يجب طرحه أو مثل ذلك

(١) فى أ : لأنه .

(٢) فى أ : قول .

(٣) فى أ : يتماسك بها .

سواء ، فلذلك لم يذكر القيمة .

قال عبد الحق : والذي ذكر واضح ؛ لأن هذا الذى حسب ما لا ينبغي أن يحسب إما أن يكون عالمًا بأن ذلك لا يحسب فحسبه أو جاهلاً ، والخطأ وتعمد الكذب سواء فى زيادته [فى الثمن] ^(١) فى المراجعة فجرى ذلك ، وإنما المسألة مبهمة فى « الكتاب » ومعناها على ما قدمنا ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قال بعض شيوخنا من غير أهل بلدنا فى مسألة : المشتري سلعة بثمن إلى أجل [ق/ ١٣١] فيبيع بالنقد ولايين ، فقال المشتري : أنا أقبل السلعة بالثمن إلى الأجل : قوله : (لا خير فيه ولا أحب ذلك له) إنما يعنى إذا فاتت السلعة ، لأنه فسخ القيمة التى وجبت بالفوت فى أكثر منها فذلك حرام ، وإن كان قد قال : (لا خير فيه) فربما تقع له مثل هذه العبارة فى أمر هو حرام ، قال : والذي فى « كتاب ابن المواز » فى هذه المسألة : فليس ذلك له وإنما ذلك إذا كانت السلعة قائمة .

قال عبد الحق : وهذا الذى ذكر خلاف نقل أبى محمد فى « مختصره » لأن أبا محمد حمل ما فى « المدونة » وما وقع فى « كتاب ابن المواز » على وجه واحد .

وقال بعض شيوخنا من القرويين : إنما قال : (لا خير فيه ولا أحب ذلك له) إذا كانت السلعة قائمة ووجه ما ذكره : أن السلعة لما كان له ردها عليه إذ هى قائمة صار التأخير بالثمن إلى الأجل إنما اتفقا عليه من أجل ترك القيام الذى كان له أن يفعله ، فهذا من باب السلف جر نفعاً ، السلف التأخير بالثمن ، والنفع ترك القيام فى السلعة وإردادها كمن وجد عيباً فى سلعة اشتراها فقال البائع : لا ترددها على وأنا أؤخره بالثمن ، إن ذلك سلف جر منفعة لا يجوز .

قال عبد الحق : قال [غير واحد من شيوخنا من غير أهل بلدنا] ^(٢) : إنما

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : من شيوخ صقلية .

جوز ابن القاسم المراجعة على العروض ولم [يجعل ذلك] ^(١) من بيع ما ليس عندك ، لأنهما لم يقصدا بيع ما ليس عندك ولا أراداه ، ألا ترى [أنهم] [ق/ ٥١ ج] اتفقوا ^(٢) فى الشقص المبيع بشئ من المكيل [أو] ^(٣) الموزون [وإن لم يكن عنده] ^(٤) أن للشفع أن يأخذه بمثل ذلك المكيل أو الموزون وإن لم يكن عنده ، والأخذ بالشفعة كبيع ثان ولم يجعلوا ذلك من بيع ما ليس عندك ، [فاجتماعهم] ^(٥) على هذه المسألة وإخراجهم إياها عن بيع ما ليس عندك إذ لم يقصد إليه ، يقوى ما [ذهب] ^(٦) إليه ابن القاسم فى مسألة المراجعة ، والله أعلم .

قال بعض [شيوخنا من غير أهل بلدنا] ^(٧) : لم يبين فى « المدونة » إذا باع على ما نقد ولم يبين ما عقد عليه وفات ذلك ، وفى الأسمعة جواز ذلك وإمضاؤه ، بخلاف إذا باع على [ما عقد] ^(٨) ولم يبين ما نقد ، لأن الأغلب أنه قد يوضع عنه فيما نقده ، [ويساوى] ^(٩) ابن حبيب بين بيعه على ما نقد ولم يبين ما عقد ، وبين بيعه على ما عقد ولم يبين ما نقد ، وظاهر « المدونة » محتمل ، والذى فى الأسمعة أصوب ، والله أعلم .

قال عبد الحق : وقع فى « الكتاب » : (إذا اشترى بشئ من الطعام ونقد العين فإنما يصح إذا كان الطعام جزاءً وإلا فهو بيع الطعام قبل قبضه) .

قال عبد الحق : إذا اشترى نصف سلعة ، وورث نصفها ثم باع نصفها

(١) فى أ : يجعله .

(٢) فى أ : أنهما اتفقا .

(٣) فى أ : و

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : وإجماعهم .

(٦) فى أ : يذهب .

(٧) فى أ : شيوخ صقلية .

(٨) فى أ : عقد عليه .

(٩) فى أ : وساوى .

مرايحة، ولم يبين ، فالذى باع نصفه مشتري فيمضى فيه البيع بنصف الثمن ونصف الربح موروث فيكون فيه الأقل من قيمته أو ما يقع له من الثمن والربح ، وهذا إذا فات المبيع ، وأما إن كان قائماً فللمشتري رد الجميع ، وإذا ابتاع رجلان عرضاً ثم اقتسماها ، فباع أحدهما ما وقع له ولم يبين فباع نصفه ، فهو ملكه القديم فيمضى بنصف الثمن وما [يعادله] ^(١) من الربح والنصف الآخر إنما أخذه عوضاً من نصيبه الذى صار لصاحبه ، فكأنه اشترى عرضاً بعرض ، فيرجع الأمر فى المسألة إلى ما قال فيمن عقد على عين ونقد عرضاً وباع ولم يبين فينظر ما هو خير للمشتري حسب ما ذكر فيها ، والله أعلم .

قال عبد الحق : أعلم أن ابن القاسم جعل القيمة فى مسألة بيع الكذب يوم القبض وقال : (إنه شبه بيع فاسد) وفى رواية على (القيمة يوم البيع) وفى رواية ابن القاسم (إن فاتت السلعة بحوالة أسواق أو نماء أو نقصان) وليس فى رواية على (حوالة أسواق) وإنما فيها : (إن فاتت بنماء أو نقصان) فاعلم ذلك .

اعلم أنه إنما لم يجعل الإقالة كبيع حادث فى المرايحة إذا تفايلا بالخضرة قبل انتقاد الثمن والافتراق ، فأما إذا نقد الثمن وافترقا ثم بعد ذلك تفايلا ، فهذا بيع مبتدأ وإن سموه إقالة وله أن يبيع على الثمن الآخر ، والله أعلم .

قال عبد الحق : وهذا الباب أكثر مسائله ناقصة فى « المدونة » لم يذكر الحكم فيها إذا نزلت البياعات على غير بيان فيما يجب على المشتري بيانه ، وقد تكلم على أكثرها ابن عبدوس وابن سحنون ، فأغنانا ذلك عن ذكره فى كتابنا ، وإذ قصدنا ترك الإطالة والإكثار مما يجده الإنسان مبسوطاً فى كتب أصحابنا إذا التمس .

تم بحمد الله وحسن عونه . [ق / ١١٣٢] .

(١) فى أ : يقابله .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الوكالات

قال عبد الحق : قوله فى مسألة المأمور أن يسلم سلماً إذا أتى المسلم إليه بالدرهم رائفة فلم يعرفها المأمور ولا قبلها : (إنه يحلف وللبيع أن [يحلف] ^(١) الأمر) (٢) إنما الرتبة فى ذلك أن يبدأ بيمين الأمر أولاً .

وقوله فى «الكتاب» : (وللبيع أن يحلف الأمر) «الواو» لا توجب رتبة ، وقد نقلها بعض المختصرين : (ثم للبيع أن يحلف الأمر) وليس كذلك لأن «ثم» من حروف الترتيب وقد يحتمل أن يكون إنما ذكر المأمور أولاً إذ الأمر [غائب] ^(٣) وغير حاضر فلذلك قال : (يحلف المأمور ثم إذا حضر الأمر يحلف أيضاً) ، والله أعلم .

قال بعض [شيوخنا من غير أهل بلدنا] ^(٤) : وقوله فى هذه المسألة : (إذا قبلها المأمور ولم يعرفها) ^(٥) فيحلف الأمر فيه نظراً ، لأن المأمور لا يدعى على الأمر يقيناً ، فكيف يحلفه على المشهور من قولهم فى أثواب الشك أن اليمين لا تكون فيها إلا بيقين الدعوى وإن كان قد وقع لهم فى ذلك وجوب اليمين وهو ضعيف .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا اشترى المأمور من يعتق على الأمر عالماً لا يعتق عليه ، بخلاف المقارض على [أصل قول] ^(٦) ابن القاسم ، لأن المقارض له شبهة فى المال وقد تكون له فيه حصة ، وهما مختلفان فى غير ما وجه ، ألا ترى لو وطئ المقارض [أمة] ^(٧) من المال لم يحد ، والوكيل لو وطئ أمة اشتراها للأمر وجب

(١) فى ج : يحلفه .

(٢) المدونة (٢٧٥/٣) .

(٣) زيادة من أ .

(٤) فى أ : شيوخ صقلية .

(٥) المدونة (٢٧١/٣) .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى أ : جارية .

عليه الحد فأمرهما مختلف ، والله أعلم .

قال عبد الحق : وكذلك ذكر أبو محمد في «مختصره» : أن يحيى بن عمر فسر كلام ابن القاسم على ما قلنا أنه إذا اشتراه عالماً يسترقه المأمور ويبيع عليه في الثمن ، قال : وقاله لى عبيد بن معاوية .

وقال أبو إسحاق البرقي : إن علم المأمور عتق العبد وضمن للآمر الثمن [فإن] (١) لم يكن له مال بيع العبد في ذلك أو بعضه وعتق ما فضل منه والولاء للآمر .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أمره ببيع سلعة فباعها فجحدته المشتري الثمن إنما يغرم المأمور قيمة السلعة لا الثمن الذى لزم المشتري ، وذلك أنه إنما وقع عداوة في تسليم السلعة بغير إشهاد ، فالسلعة هي التى تضمن ولا يصح أن يقال : إن الثمن هو الذى وقع فيه العداء ، إذ ليس عليه عند عقد البيع إحضار شهود وإنما وقع تفريطه في تسليم السلعة .

وحكى أن غيره يخالفه في هذا الجواب .

قال بعض [شيوخنا من غير أهل بلدنا] (٢) : إذا أخذ الوكيل بما باع به السلعة رهنا يغاب عليه ، يحتمل أن يكون له أن يتركه ويرده إذا كان مثله يجهل أنه يضمه ويتوهم أن ذلك إنما يلزم الأمر ، وأما إن أخذ حميلاً فليس له أن يسقطه .

قال بعض شيوخنا من القرويين في الذى رد نصف حمل وقال : هذا الذى ابتعت ، وقال البائع : بل حملاً كاملاً : إذا كان ما يقول المشتري يشبه ونكل عن اليمين فحلف البائع ، هذا بخلاف إذا ادعى المشتري ما لا يشبه فكان القول قول البائع وحلف ، وموضع اختلاف ذلك هو أنه إذا أتى المشتري بما يشبه ونكل عن اليمين [فرجعت] (٣) اليمين على البائع فحلف ، يقال للمشتري : قد [أدق] (٤) البائع

(١) في أ : وإن .

(٢) في أ : شيوخ صقلية .

(٣) في أ : فوجبت .

(٤) في أ : أحق .

بيمينه ، ما قال من أنه باع منك حملاً كاملاً فرد نصف حمل ثان وإلا فلا شيء لك [أوتملك] (١) النصف حمل بجميع الثمن ، إذ حكم الطعام إذا وجد العيب ببعضه ليس للمشتري إمساك ما سلم منه بما يخصه من الثمن ، فإما أن ترد نصف حمل ثان وإلا فلا شيء لك قبل البائع ، وأما إن كان المشتري قد أتى بما لا يشبه فلم يقبل منه فرجعنا إلى البائع فأحلفناه ، فهأنا البائع يدعى نصف حمل ثان فيقال للمشتري : احلف فتبرأ من نصف حمل ثان ، فإن حلف رجع على البائع بنصف الثمن ، وإن نكل فلا شيء له ويكون الأمر كما إذا نكل وقد ادعى ما يشبه أنه يمك نصف الحمل بجميع الثمن أو يرد نصف حمل ثان كما قال البائع فيأخذ الثمن .

قال : وأما في مسألة العبد فلا ترجع اليمين على المشتري إذا كان أولاً قد أتى بما لا يشبه ورجعنا إلى البائع فحلف ؛ لأن المشتري له أن يمك أحد العبدین بما يخصه من الثمن وليس له أن يمك السالم من الطعام بما يخصه من الثمن وإنما له رد جميعه أو إمساكه بعيه ، ولو كان الأدنى من العبدین هو الذى بقى على زعم البائع وهو الذى رد المشتري بالعيب هو الوجه كان ذلك كمسألة الطعام سواء [ق/٥٢ج] إذ ليس له هنا إمساك الأدنى [ق/١٣٣أ] بما يخصه [من الثمن] (٢) وإنما الحكم رد الجميع ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : وقال غيره [من شيوخنا من غير أهل بلدنا] (٣) : ما جرى فى «الكتاب» إذا أتى المشتري بما لا يشبه وحلف البائع ، [لا يرد] (٤) البائع من الثمن إلا نصفه ، ولا غرم على المتبائع إذا حلف .

قوله : (إذا حلف) إنما يعود على أول المسألة فى قوله : (القول قول المتبائع إذا أتى بما يشبه) فهأنا لا غرم عليه إذا حلف ، وليس يعنى إذا حلف البائع وكان

(١) فى أ : ويمك .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : صقلية .

(٤) فى أ : ليرد .

المشتري قد أتى بما لا يشبه يرجع اليمين على المشتري وإنما الكلام عائد على ما قدم أولاً ، والله أعلم .

قال عبد الحق : وهذه المسألة ينبغي أن [يفرق فيها] ^(١) إن كان المشتري قد نقد الثمن البائع أولم ينقده على حسب تفرقة ابن القاسم بين النقد وغيره في مسألة « الكتاب » جامع العيوب في مشتري عشرين يهلك أحدهما ويجد بالآخر عيباً فيختلف هو والبائع في صفة الهالك فتأملها فإنها مثلها لا فرق بين المسألتين ، والله أعلم .

وهكذا قال بعض شيوخنا من القرويين : فإن قيل : فقد قال في هذه المسألة : إذا حلف البائع يرد من الثمن نصفه ، فقوله (يرد نصفه) دليل على أنه انتقد وهو قد قال : (القول قول المشتري) وإنما رجع إلى أن القول قول البائع إذا أتى المشتري بما لا يشبه فقد يحتمل أن يكون معناه يحكم الحكم برد ذلك ، فإذا صرف إلى هذا لم يكن فيه دليل على أنه انتقد ، فإن لم يكن هذا وإلا فذلك تناقض من القول ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : فإن قيل : قد قال في [هذه المسألة : إذا حلف في] ^(٢) مسألة المأمور بشراء اللؤلؤ فيدعى أنه ضاع بعد شرائه [إياه] ^(٣) وإنما كانت بخلاف مسألة الذي أمر غريمه أن يكتال الطعام في غراره فيقول : إنه فعل ، [وضاع] ^(٤) ولا بينة له على كيـله ، لافتراق السؤال في ذلك ، وذلك أن الذي في الذمة هاهنا هو الذي ادعى كيـله وضياعه بعد الكيل ، وفي مسألة اللؤلؤ لم يدع ضياع الثمن الذي أراد شراء اللؤلؤ به وإنما ادعى ضياع ما صرف فيه الثمن ، ولو أنه وزن الثمن الذي أراد أن يشتري به اللؤلؤ فضاع قبل شرائه فهاهنا إن شهدت له بينة بذلك رجع به وإلا فلا ، وتصير كمسألة الطعام سواء ، ولو كان السلم مما يجوز بيعه قبل قبضه فوكله على استيفائه وعلى بيعه ، فقال :

(١) في أ : يفترق منها .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

إني [قد] ^(١) فعلت ذلك وبعته وضاع [مني] ^(٢) الثمن ، فهاهنا لا يضمن وإن لم تقم بينة وتصير كاللؤلؤ المشتري ، فاعلم أن المسألتين إنما اختلفتا لاختلاف السؤال ، وأما في اتفاق سؤالهما على ما بينا فهي سواء ما كان في الذمة هو الذي يحتاج فيه إلى الإشهاد ، وأما العرض المشتري فلا يحتاج فيه إلى الإشهاد ، لأنه بالحركة فيه والتصرف تصير يده فيه كيد الأمر ويصير كسائر الأمانة الذين لا يضمنون ما ادعوا ضياعه ، ولهذا قال ابن القاسم في غير «المدونة» في الذي أمر من له عليه دين أن يشتري له عبداً بذلك الدين في غير البلد ، فمضى إلى ذلك البلد واشترى له فأبق العبد : إنه لا شيء على الذي كان عليه الدين ؛ لأنه لما فعل ما أمره به وتصرف فيه كان ذلك يوجب له حكم الأمانة ، فهذا هو عوض ما في الذمة لا نفس ما كان في الذمة ، فهو على ما بينا من أن عوض ما كان في الذمة لا يحتاج فيه إلى الإشهاد ، فتدبر ذلك .

تم كتاب الوكالات بحمد الله وحسن عونه .

(١) زيادة من أ .

(٢) زيادة من أ .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب اشتراء الغائب

قال عبد الحق : حديث عثمان وعبد الرحمن بن عوف - رضى الله عنهما - تأول فيه أنهما كانا متراوضين فيما وقع بينهما أولاً وأن العقد إنما تم بينهما بما اتفقا عليه أخيراً ، وقيل : يحتمل أن يكونا صنعا ذلك قبل الافتراق على ما جاء أن «البيعين بالخيار ما لم يتفرقا» (١) والتأويل الأول أصوب .

قال بعض [شيوخنا من غير أهل بلدنا] (٢) : وقد ذكر ابن حبيب حديثاً أبان فيه أنهما كانا متراوضين ، فهذا الحديث الذى ذكر ابن حبيب يبين هذا الذى هو مشكل لا بيان فيه .

قيل له : فإن بعض الناس قال فى هذا الحديث : لما كان ما شرطاه أخيراً جاز أن يبتدئا العقد به جاز أن يفعلاه بعد العقد كما قال مالك فى أحد قوليه فى شراء مال العبد بعد العبد وثمر النخل بعد الأصول ، وقال : إن ما جاز جمعه فى صفقة [واحدة] (٣) جاز على الانفراد .

فقال : ليس هذا بصواب [ق/١٣٤ أ] ، لأن فى شراء مال العبد بعد العبد وثمر النخل بعد النخل هذا الشراء الذى استحدثه لا يبطل الصفقة الأولى ، وإنما هو زيادة معها ، وما اشترط فى حديث عثمان هو إبطال للصفقة الأولى وشىء غيرها ، فهذا مفترق ، وأيضاً فقد جعلاً للضمان ثمناً ولا يحل أن يكون للضمان ثمن وإنما وجه الحديث ما قدمناه أولاً ، والله أعلم .

قال : والحديث ذكر فيه شرط كون الضمان من عبد الرحمن ثم عقداً على كون الضمان من عثمان ، فليس فيه دليل إذا وقع البيع دون اشتراط بضمن يكون له

(١) أخرجه البخارى (١٩٧٣) ومسلم (١٥٣٢) من حديث حكيم بن حزام رضى الله عنه .

(٢) فى أ : شيوخ صقلية .

(٣) سقط من ج .

الضمان ، لأنه إنما نزل ذلك فى الوجهين بينهما بالشرط .

قال عبد الحق : قوله فى « الكتاب » بعد ذكر اختلاف قول مالك فى ضمان الغائب إذا هلك من يكون (والنقص والنماء كالهلاك فى القولين) النماء إنما يعنى به شيئاً يوهب لها أو أرش جناية عليها ونحو ذلك ، فذلك يجرى على القولين فى كونه للبائع أو للمشتري ، وكذلك ما فسره سحنون رأيته مذكوراً عنه فى بعض حواشى الكتب .

قال عبد الحق : إذا استأجرت منه داراً بثوب فى بيتك وصفته ثم اشتريته منه ، ذلك جائز إن علم أنه عندك [فى] (١) وقت الصفقة الثانية .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما شرط إن علم أنه عندك وقت الصفقة الثانية لأنه إن كان موجوداً عنده [و] (٢) انهدمت الدار فى بعض المدة ينتقص من الثوب مقدار ذلك ، وإن كان الثوب ليس عنده وقت الصفقة الثانية فكأن الكراء إنما وقع بالدرهم فإذا انهدمت الدار كان الرجوع فيها فوجب لهذا لما كان لا يدرى فى ماذا رجع أفى الدراهم أم فى الثوب ؟ ألا يجوز حتى يعلم ذلك [فيدخلان] (٣) على أمر معلوم .

وقال لى غيره : إنما شرط إذا علم أنه عنده ، لأننا لا ندرى هل باع منه شيئاً موجوداً أم لا ، فعقد البيع إذا وقع جاز ثم ينظر فإن علم أنه عنده فقد صحت لنا الصفقة الأولى وإلا فلا .

قال بعض [شيوخنا من غير أهل بلدنا] (٤) فيمن اكرى داراً بعبد غائب فأوقفت الدار حتى يقبض العبد ما يعلم أن العبد الغائب لا يوصل إليه إلا فى مثله من الأمد فهو ساقط من أمد السكنى لأنهما عليه دخلاً مثل أن يكره سنة والعبد لا

(١) زيادة من أ .

(٢) فى أ : فإن .

(٣) فى أ : فيدخل .

(٤) فى أ : شيوخ صقلية .

يقبض إلا بعد شهر فقد دخلا على أن يسكن أحد عشر شهراً والشهر الذى بتمامه يقبض العبد الغائب ساقط من أمد السكنى فإن لم يقبض العبد إلا فى أكثر من هذا [المتعارف] ^(١) بذلك الزائد كاستحقاق ينتقص مقداره من العبد ، يريد ويرجع بقدر ذلك فى عين العبد أو فى قيمته ، فتدبر ذلك .

قال عبد الحق : (إذا اشترى عموداً عليه بناء للبائع ، قال : العمود على البائع) ذكر عن الشيخ أبى الحسن : أن معنى ذلك إن على البائع أن يزيل ما فوق العمود ليصل المبتاع إلى قبضه ، فإذا أزال ما فوقه لم يلزم البائع نقضه من موضعه لأن البائع قد أزال [ق/٥٣ج] ما فوقه ومكنه من قبضه ، وكذلك قال لنا بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(٢) إنه إنما على البائع تعليق ما على العمود من البناء ، ويقال للمبتاع : خذه من موضعه ، وما أصابه فى زواله من كسر أو غيره فهو من المبتاع .

قال عبد الحق : إنما قال : (إذا تعدى فباع متاعاً عنده وديعة ثم مات ربه فكان المتعدى وارثه أن المتعدى نقض البيع) وقال فى كتاب الغصب : (إذا باع ما غصب ثم اشتراه من ربه ليس له نقض البيع الذى باع) لأن الميراث هاهنا لم يجزه ولا هو من قبله والشراء من نفسه فكانه إنما أخذه بالقيمة التى لزمته بالعداء ، فليس له أن يفعل فعلاً تسبب به إلى نقض بيع عقده ، فهذا مفترق ، والله أعلم .

قال : وإذا ابتاع جارية بمائة فقام فيها بعيب فأنكره البائع ، فقال أجنبى : أنا أخذها منكما بخمسين على أن يتحمل البائع نصف الخمسين الباقية والمبتاع نصفها . قال بعض الأندلسيين : قوله فى هذه المسألة : أنا أخذها منكما ، فيه نظر ، ولو قال : (أخذها منك) كان أصوب لأن الأجنبى إنما يأخذها من المبتاع وعليه تقع عهده على هذا يدل النظر ، والله أعلم .

قال عبد الحق : فإن استحققت هذه السلعة أو ردها المشتري بعيب ردها على المشتري أولاً وأخذ منه الخمسين التى دفع إليه ويرجع المشتري على البائع [ق/١٣٥أ]

(١) فى أ : المتطرف .

(٢) فى أ : شيوخ صقلية .

منه بخمسة وسبعين ؛ لأنه قد كان استرجع من المائة خمسة وعشرين حيث قال المشتري: أنا أخذها على أن يتحمل البائع نصف الخمسين ، فإنما بقي في يد البائع من المائة خمسة وسبعون بها استقر بيعه فيما يرجع عليه ، وهذا بين فاعلمه ، والله أعلم.

تم كتاب اشتراء الغائب بحمد الله وحسن عونه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
 وصلى الله على محمد وآله وسلم
كتاب العرايا

إن قال قائل : لم جوز مالك شراء خمسة أوسق فى العرايا ، وقد شك من حدثه فى الخمسة ؟

فالجواب : أن الراوى لما لم يحدد ما دونها فكما إن أجزنا أربعة أو أقل يمكن أن يكون دون ذلك ، فمراعاة ذلك يؤدى إلى طرح القول بالعرية ؛ إذ ليس هاهنا يقين يرجع إليه ، فوجب إذا حصل ذلك غير معلوم الاقتصار على خمسة أوسق التى هى حد [الصحيح] ^(١) فى أن الزكاة لا تكون فى أقل منها ولم يأخذ مالك بحديث يزيد بن أبى حبيب فى شرائها قبل بدو الصلاح لجريان العمل على [خلافه] ^(٢) بالمدينة ولولا ذلك لوجب الأخذ به من وجهين :

أحدهما : أنه زيادة مرفق فى الرخصة وهى إنما طريقها المرفق ، فهذا زيادة فيه .

والوجه الآخر : أن الحديث الذى عندنا لم يذكر فيه وقت جواز شرائها وهذا قد فسر فيه ذلك ، والمفسر من الأحاديث يقضى به على المجمل وإذا اشترى العرية بخرصها تمرا إلى الجذاذ فأعطاها عند الأجل تمراً من غير صنفها .

ذكر عن الشيخ أبى الحسن أنه جوز ذلك وقال : هو كالطعام القرض يجوز أن يأخذ فيه بعد الأجل خلاف [صنفه] ^(٣) قبل الكيل ، وليس كطعام بيع بثمر إلى أجل فأعطاه بعد الأجل طعاماً خلاف صنف الطعام الذى باع منه مثل كيله هذا لا جوز ، لأن هذا طريقه المكايسة والعرايا طريقها المعروف فالقرض أشبه [بها] ^(٤) ، والله

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : خلافها .

(٣) فى أ : صنفته .

(٤) فى أ : لهذا .

أعلم .

قال عبد الحق : يجوز له شراء العرية ، وإن باع أصل حائطه على قول ابن القاسم ؛ لأنه يجيز شرائها لوجهين : [لوجه] ^(١) المرفق ، ودفع الضرر ، فأما على قول غيره : الذى يراعى الضرر فلا يجوز له ذلك إذا باع أصل الحائط ، وكذلك يشتري الأصول بلا ثمرة لا يجوز على قول غيره أن يشتري العرية لأن الضرر غير مرتفع ، فاعلم .

قال أصبغ : إذا ابتاع ما أعرى من ثمر الفواكه الرطبة حين جواز بيعها بخرصها نقدًا أو إلى أجل تناهيها فليرد ما لم يقبض ويفوت فأمضيها وكأنها هي ضمنها له .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وسواء فات ما دفع إليه أو فاتت العرية بفوت أحدهما بمضى ذلك يريد لأنه أغرمه شيئًا فيما فات فهو يرجع عليه بمثله فلا معنى لذلك ، بل يجعل ذلك كمقاصة لما كان كل واحد منهما يجب له مثل الذى يجب عليه فى فوت ذلك .

قال أصبغ : وأما إن ابتاع ما يدخره بخرصه فهذا يفسخ وإن فات ويرد المثل فى الإبان والقيمة فى غير الإبان .

قال بعض القرويين : قال لنا الشيخ أبو الحسن : إذا أعرى حوائط يجوز أن يشتري خمسة أوسق من كل حائط أعرى الحوائط لرجل واحد أو لرجال .

قال : وبلغنى عن أبى محمد أنه قال : إن أعرى تلك الحوائط لرجل واحد فلا يشتري من جميع الحوائط بالخرص إلا خمسة أوسق [فقط] ^(٢) .

قال [حاكى] ^(٣) القولين : والذى يظهر لى أنه إن كان أعرى ذلك لرجل واحد فى لفظ واحد وعقد واحد ، فهى عارية واحدة ولا يشتري من الحوائط كلها إلا خمسة أوسق فقط ، وإن أعراه من هذا الحائط ثم أعراه من آخر فيحسن هاهنا أن

(١) زيادة من أ .

(٢) زيادة من أ .

(٣) فى أ : محكي .

يشترى من كل حائط خمسة أوسق بخرصها لأنها عرية بعد عرية ، والله أعلم .

قال عبد الحق : يؤيد هذا التفصيل الذى قال قول مالك فيمن اشترى حوائط فأصابها جائحة : إنه إن كان اشترى ذلك فى صفقات فجائحة كل حائط على حدة ، وإن كان اشترى الحوائط فى صفقته روعى ثلث الجميع .

قال بعض الأندلسيين : قول ابن القاسم فى شراء المنحة بالطعام ضعيف عند أهل النظر ؛ لأن البيع إنما يقع فى المنحة على اللبن وليست كبيع الشاة اللبون بالطعام لأن البيع فى الشاة إنما يقع على رقبة الشاة لا على اللبن .

قال بعض [شيوخنا من غير أهل بلدنا] (١) : قول ابن القاسم فى ذلك جيد [ق/١٣٦أ] لأن رقبة الشاة ممنوعة منه من أجل المنحة التى جعل فيها فشراؤه إنما قصد به تخليص الرقبة لنفسه ، فأشبه ذلك ما ذكر من شراء الشاة اللبون بالطعام ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إن قال قائل : لم جاز أن يشتري ما منح من لبن وغلة وكان ذلك ليس من باب الرجوع فى الهبة أو الصدقة ؟

فالجواب : أن النهى الوارد إنما هو محمول على ما تصدق الإنسان بأصله أو وهبه ، وأما ما منح من غلة فدليل جواز شرائها : إباحة النبى - عليه السلام - لشراء العرية إذ هى غلة ، فأخرجها عن باب الرجوع فيما وهب أصله ، فاعلم .

حكى عن الشيخ [أبى الحسن] (٢) أنه قال : جاز على مذهب ابن القاسم أن يسكن الرجل الرجل حياته ثم يشتري ذلك منه بسكنى دار له أخرى حياته لأن الأول معروف وكذلك الثانى على سبيل المعروف ، قال : وأبى من ذلك سحنون وقال : الأول معروف والثانى على طريق المبايعه .

قال أبو الحسن وسحنون : الذى قال فى هذه المسألة إنما معناه [إذا كان

(١) فى ١ : شيوخ صقلية .

(٢) سقط من ١ .

السكنى الذى يشتري به معلوماً وقوله خلاف مذهب ابن القاسم [(١)] ويقول ابن القاسم يأخذ أبو الحسن ، قال : رأيت أبا محمد يرى قول سحنون [مفسراً] (٢) لقول ابن القاسم ويستحسنه .

تم كتاب العرايا بحمد الله وحسن عونه .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : تفسير .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على محمد وآله وسلم

كتاب التجارة إلى أرض الحرب

قال غير واحد من القرويين : ليس التجارة إلى [أرض] ^(١) الحرب بجرحه على ما فى « المدونة » بخلاف ما ذكر عن سحنون ، ألا ترى أن فى « المدونة » جواز شهادتهم ، وقد قال مالك فى غير « المدونة » : (لا أرى ذلك حراماً ولا يجرح إلا بارتكاب محذور) وليس [ق/ ٥٤ هـ] الأمر كما قيل : إن الذين أجاز شهادتهم إنما يعنى بعد توبتهم ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قال بعض القرويين عن أبى موسى ابن مناس : فى أرض الصلح إذا وقع فيها البيع على مذهب ابن القاسم الذى يرى الخراج على الذمى البائع إن مات كان ذلك فى ماله ، وإن كان لا مال له سقط عن المشتري ولم يلزمه ، وعند أشهب إنما يكون الخراج حيث الأرض لأنه عن عيها يؤخذ ، ومن أجلها ، وعلى ظاهر رواية ابن نافع عن مالك : إن كانت على الأرض جزية منع من بيعها .

ورأيت لأبى محمد قال : لما كان إذا باعها ثم أعدم لا بد للإمام أن يبيع الأرض حيث كانت ، لأن الجزية مرتبة عليها ، صار الأمر يؤول فيها إلى الغرر ، هذا وجه ما ذكر ابن نافع .

قال عبد الحق : سألت بعض شيوخنا [من غير أهل بلدنا] ^(٢) عن النصرانى يبيع خمرًا من مسلم فيجب أن يتصدق بالثمن عليه إن لم يقبضه .

فقلت : رأيت إن كان عليه دين هل يكون الثمن لأهل دينه لأن الصدقة عليه إنما هى من باب العقوبة له وهو لو حصل الثمن فى يده لم ينزع منه فلا يضر بأهل الدين فى الصدقة به ومنعهم منه ؟

(١) فى ج : بلد .

(٢) سقط من أ .

فقال لى : لا شىء لأهل دينه فيه ويتصدق به ، وإنما لأهل دينه ما يملكه ويكون له قبضه ، فأما ما لا [يملكه] ^(١) ولا له قبضه فلا حق لأهل دينه فيه ، والله أعلم .

قال عبد الحق : ذكر لى بعض القرويين فى عبيد النصرانية إذا أسلموا فوهبتهم لأولادها ، قال : اختلف شيوخنا فى ذلك ، قيل : ليس هذا بخروج من ملكها لأن لها أن تعتصرهم ، وقيل : الاعتصار حادث وملكها الآن قد انتقل حقيقة .

قال عبد الحق : ويؤيد القول الأول ما قال فى « المدونة » فى الأختين تحرم إحداهما بأن تهبها لابن له صغير ، فقال : (ليس هذا بتحريم لأن له الاعتصار) ^(٢) ومسألة «الكتاب» إنما قال فيها : تصدقت بهم على ولدها لما أسلموا . والصدقة لا تعتصر ، ولم [يذكر] ^(٣) الهبة ، فاعلم إذا وهب ولد الأمة لغير ثواب فكان الحكم أن يجبر على أن يجمعها بينهما فى حوز [واحد] ^(٤) لا فى ملك على مذهب «المدونة» أو يبيعهما .

قال ابن حبيب : إذا جمعاهما فى حوز يكون رضاع الولد الموهوب على أمه وإن كره الواهب لبن غيرهم أم لا ، ولا أجر رضاع على الموهوب وهو كمن تصدق بأرض لها سقى وهو [فى] ^(٥) داخلها فالسقى مع الأرض فى الصدقة للمتصدق عليه وإن لم يذكره ، وبقية مؤنة ابنتى غير الرضاع على الموهوب ، [له] ^(٦) .

قال : وكان ابن القاسم يقول أيضاً : إذا قال المتصدق : لم أتصدق بالولد وأنا أريد أن ترضعه أمه ، فذلك له ويحلف وعلى المعطى أجر الرضاع إلا أن يسترضع له غيرها ، وبالأول أقول .

(١) فى ج . يملكه .

(٢) المدونة (٤/٤١١) .

(٣) فى أ : تعتبر .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

قال فى الذى باع أمة على الخيار ثم اشترى ولدها فى أيام الخيار بغير خيار فاختر إمضاء البيع فى الأم : يرد البيع إلا أن يجمعها فى ملك .

و [قال] (١) : إن كان [ق/١٣٧] الخيار فى الأمة للمبتاع فاختر الشراء إما أن يجمعها فى ملك أو يبيعها ولم يذكر فى [هذا] (٢) نقض البيع .

فالفارق بين ذلك : إن الخيار فى الأمة إذا كان للبائع فهو يستطيع على نقض البيع ما يحصل تفرقة فلما رضى بإمضائه صار مبتدئ التفرقة بين الأم والولد ففسخ البيع إلا أن يجمعها فى ملك ، وإذا كان الخيار فى الأمة للمشتري فالبائع ليس بيده نقض [الصفقة] (٣) لأن الخيار لغيره فلم تنقض عليه صفقته لهذا ، والله أعلم .

قال عبد الحق : اعلم أن حديث المصرة (٤) [أصل] (٥) فى كل غش أو عيب أن الرد يجب للمشتري من أجل ذلك ، ويستفاد منه أن المشتري لا يرجع بقيمة العيب إذا شاء أن يتماسك وإنما له الرضا بالعيب أو رد البيع فى قيامه ، وقيل : فوته .

واختلف قول مالك فى رد الصاع ، فقال فى رواية أشهب عنه : قد جاء ما يضعف الصاع وهو قوله عليه السلام : « الخراج بالضمان » (٦) فكأنه احتمل عنده أن يكون قوله : « الخراج بالضمان » ناسخ لحديث المصرة ، والأشبه أن يكون ليس بناسخ لأن هذا حديث عام ، قوله عليه السلام : « الخراج بالضمان » فحديث المصرة فيه التخصيص لبعض ما اشتمل عليه قوله : « الخراج بالضمان » والمخصص يقضى به على العام كما المفسر يقضى به على المجمل فليس فى هذا نسخ ، وإنما يقع النسخ فى شيء يتضاد ولا يمكن تخريجه على ما وصفنا ، فاعلم .

وأيضاً فجواب آخر : أن الخراج إنما ينطلق على ما كان حادثاً عند المشتري وهذا

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : هذه .

(٣) فى أ : بيع .

(٤) أخرجه البخارى (٢٠٤١) من حديث أبي هريرة رضى الله عنه .

(٥) سقط من ج .

(٦) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨) والترمذى (١٢٨٥) والنسائى (٤٤٩٠) وابن ماجه (٢٢٤٣) وأحمد

(٢٤٢٧٠) وابن حبان (٤٩٢٨) والحاكم (٢١٧٦) من حديث عائشة رضى الله عنها .

قال الترمذى : حسن صحيح .

قال الألبانى : حسن .

اللبن لم يحدث عند المشتري، بل كان يوم عقد البيع موجوداً في [الضروع] (١) .

قال بعض الأندلسيين : وسئل ابن مزين عمن اشترى شاة مصراة فتبين له ذلك

بعد الحلاب الثاني فرضى بحبسها ثم اطلع بعد ذلك على عيب فيها فأراد ردها بالعيب ؟

فقال : إن ردها لزمه رد الصاع معها الذي كان وجب عليه في التصرية .

وذكر أشهب هذه المسألة في ديوانه وقال : [لا] (٢) يلزمه رد الصاع ، قيل

لعيسى بن دينار في المصراة : إذا حلبها أول مرة فظن أن ذلك منها غريزة ثم حلبها

ثانية فنقص لبنها فظن أن ذلك من استنكار الموضع أو نحو هذا ، ثم حلبها الثالثة

فتبين له أنها مصراة فجاء ليردها .

قال : أرى أن يحلف ما كان ذلك منه رضا بها ولا رغبة فيها .

قال في « الكتاب » : وإذا بنى رجل في أرضك رحي فلك عليه كراء الأرض

وأما الماء فلا كراء له .

وحكى عن أبي محمد أنه قال : تقوم الأرض كم يساوى كراؤها على أن فيها

هذا المجرى كما هو ؟ وقد قيل في تأويل المسألة غير هذا ، والصواب ما ذكر عن

أبي محمد ، والله أعلم .

فإن اعترض فيه ، قيل : أليس إذا قومت على أن الماء يجرى فيها قد صار للماء

كراء ، وقد قال في « الكتاب » : وأما الماء فلا كراء له ؟ فقال : إنما يعنى ليس

للماء كراء على الانفراد يقال : كم قيمة الانتفاع بهذا الماء في الأمد ، وأما الأرض

إذا قومت فلا بد أن يجعل من صفاتها نهراً يجرى فيها ، والله أعلم .

قال غير واحد من شيوخنا من غير أهل بلدنا في لبن الغنم يشتريه جزافاً

فيهلك بعض الغنم : ليس للمشتري رد ما بقى في يديه وإن كانت التي هلكت أكثر

(١) في ج : الضرع .

(٢) سقط من ج .

الغنم ويلزمه ما بقى كجوائح الثمار سواء ، وقد قيل غير هذا ، والصواب ما ذكرناه ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما أجاز اكتراء ناقة أو بقرة واستثناء حلابها استحقيقاً منه لما كان القصد الكراء ليس اللبن ؛ فلذلك لم يجعله ك شراء لبن البقرة الواحدة أو الناقة ، ولا نقول : إنه فى حكم [التبع] ^(١) لمال العبد وما شابه هذا ، لأنه قد قال : يجوز ذلك إذا عرفا وجه الحلاب ، فلو قلنا : إنه فى حكم [التبع] ^(٢) لزمنا جواز ذلك وإن لم يعرفا وجه الحلاب ، فإنما [نقول] ^(٣) : إنه استحق ذلك لما كانت الرغبة فى الكراء ، وأما اللبن فمشتري ومقصود على الحقيقة ، فاعلم .

قال عبد الحق : ومن الناس من يجعل هذا اختلاقاً من قوله فى إجازة شراء لبن البقرة الواحدة ، والأول أصوب ، والله أعلم .

تم كتاب التجارة إلى أرض الحرب بحمد الله وعونه .

(١) فى أ : البيع .

(٢) فى أ : البيع .

(٣) فى أ : يقال .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب جامع العيوب

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا اطلع على عيب وقد حدث عنده عيب مفسد فوجب تخييره بين أن يرجع بقيمة العيب أو يرد ، ويرد ما نقص العيب الحادث عنده إنه إنما يقوم فتعرف قيمة العيب القديم ويعلم أيضاً ما نقصه العيب الذى حدث عنده ، فإذا علم ذلك فحيثنذ يخير [ق / ١٣٨ أ] ولا يخير قبل [أن يعلم] (١) ذلك فيكون دخل على أمر مجهول لا يعلم مقداره .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٢) فى قول ابن حبيب : إذا كان الذى حدث بالعبد عنده مثل سرقة أو شرب خمر أو زنا إنه [ق/ ٥٥ج] يرده ، ولا شيء عليه فى نقصان ذلك ؛ إذ ليس هو تأثير فى البدن يحتمل أن يكون هذا خلافاً لقول ابن القاسم ، ولا فرق على مذهب ابن القاسم بين أن يكون ما حدث عنده تأثيراً فى البدن أو غير تأثير ؛ لأنها عيوب كلها تنقص العبد نقصاناً كثيراً ألا ترى أن ابن القاسم يقول : يرد ما نقص عيب النكاح ، وهذا ليس بتأثير فى البدن ، فكذاك يجب على مذهبه فى السرقة والزنا وسائر ما ذكره ابن حبيب ، والله أعلم .

وإذا قال المشتري : أنا أمسك وأرجع بقيمة العيب ، فقال البائع : أنا أرد [عليك] (٣) الثمن وأخذ السلعة معيبة ، إنما قال ابن القاسم : إن ذلك للبائع ؛ لأن المشتري إنما يحتج الرجوع بقيمة العيب بالنقصان الذى يرد مع رقبة العبد ، فذلك فوت يوجب له قيمة العيب ، فإذا سقط عنه النقصان صار العبد المشتري كأنه لم يحدث فيه عيب إذا أسقط عنه البائع ما يجب فيه فلا كلام للمشتري ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : والحادث من العيوب على أصل ابن

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : شيوخ صقلية .

(٣) فى أ : إليك .

القاسم، ومذهبه على ثلاثة [أوجه] (١) :

فوجه يرد فيه العبد ولا يغرم ما نقص دلس البائع ، أم لا .

ووجه إذا رد العبد رد ما نقص [العيب] (٢) إن كان البائع غير مدلس وإن كان مدلساً لم يرد ما نقص .

ووجه يرد فيه ما نقص كان البائع مدلساً أم لا .

بيان هذه الجملة : [إن] (٣) كان العبد أبقاً فأبقى عند المشتري أو سارقاً فسرق عند المشتري ، فهذا إذا رد العبد من أجل الإباق لم يرد [معه] (٤) ما نقصه الإباق الذى أحدثه العبد عنده ؛ لأن هذا هو العيب [الذى] (٥) يقوم به ، وإنما تكرر الأمر الأول نفسه الذى يرد العبد من أجله كان البائع مدلساً أو غير مدلس ، فإن قام بإباق وقد أبق العبد عند المشتري فهلك أو قام بسرقة وقد سرق العبد عند المشتري فقطعت يده فهاهنا إن كان البائع مدلساً رجع عليه المشتري ولم يغرم له شيئاً ، وإن كان غير مدلس فلا يرد العبد إلا بما نقص فى قطع [اليد] (٦) أو يرجع بالثمن فى مسألة : إذا أبق فهلك ؛ لأن قطع اليد والهلاك غير الأمر الأول الذى يقوم به على البائع لكنه بسببه كان ، فأما إن دلس بالإباق فزنا فهاهنا لابد أن يرد ما نقص لأن هذا ليس الأمر الأول ولا يكون بسببه فسوء دلس البائع [أو] (٧) لا ، فتدبر الثلاثة [أوجه] (٨) فهى بيّنة ، والله أعلم .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا اشترى عبيدين فهلك أحدهما وألفى الآخر معيياً

يرد المعيب ويرجع بما يخصه [من الثمن] (٩) كان المعيب وجه الصفقة أو لا إذا كان

(١) فى ج : أقسام .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : إذا .

(٤) زيادة من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : يده .

(٧) فى أ : أم .

(٨) فى أ : وجوه .

(٩) سقط من ج .

الثلث عينا ، وكذلك إن كان الثمن عرضاً قد فات ، فأما إن كان الثمن عرضاً قائماً فهاهنا يفترق وجه الصفقة من غيره ، فإن كان المغيب وجه الصفقة رده وقيمة الهالك ورجع في غير عرضه ، وإن كان المغيب ليس بوجه الصفقة رجع بحصته من قيمة العرض لا في عينه لضرر الشركة ، هذا مذهب ابن القاسم .

وإنما [لم] ^(١) يفترق وجه الصفقة من غير إذا كان الثمن [عيناً] ^(٢) ؛ لأنه إن كان أن يرد قيمة الهالك إذ العيب بوجه الصفقة رد قيمة ذلك عينا ورجع في عين ، فلا فائدة في ذلك ، فأما إذا كان عرضاً فكلّف غرم قيمة التالف غرم ثمناً ورجع في عرض فهذا مفترق ، وإذا كان عرضاً قد فات صار كالعين لأنه يرجع إلى القيمة وهي ثمن ، فاعلم افتراق ذلك .

واعلم أنه إذا وجد العيب بأرفع العبدین وكان الأدنى إنما حال سوقه ، ردهما جميعاً وليس ذلك بفوت كما أنه لو كان العيب في سلعة واحدة اشتراها ردها وإن حال سوقها ، لأن الأدنى تبع للأعلى ، فما حدث عليه من حوالة الأسواق كمثل حوالة سوق الأعلى بنفسه ، وهذا بين ، والله أعلم .

اعلم أن قول سليمان بن يسار في العبد يبيعه ويحبسه البائع حتى يقبض الثمن فمات : إن ضمانه من المشتري ، أحسن من قول ابن المسيب ، وذلك أنه لا يخلو هذا العبد أن يجرى مجرى الرهن بما أمسكه البائع ليقبض الثمن ، أو يجرى مجرى الودائع إن تركه المبتاع بيد البائع طوعاً ، وفي كلا الوجهين يرتفع الضمان ، لأن الرهن إذا كان لا يغاب عليه ضمانه من الراهن ، والوديعة هي من صاحبها على كل حال . [ق/١١٣٩] .

قال ابن حبيب : فإن اختلفا بعد ضياع ما يغاب عليه فقال البائع : أبحت لك فتركته [بيدي] ^(٣) وقال المبتاع : بل حبسته عني ، فإن علم هلاكه فهو من المبتاع

(١) سقط من ج .

(٢) في ج : عرضاً .

(٣) في أ : في يدي .

كيفما تركه وإلا صدق المبتاع مع يمينه وضمنه البائع حتى يقيم بينة أنه أباحه له فتركه بيده ، وقاله ابن القاسم وأصبع .

قال مالك فى رجل ابتاع أمة فأراد أن يتخذها أم ولد فإذا نسبها من العرب فأراد ردها لذلك خوفاً أن تلد منه وتعتق فتجر العرب ولاءها دون ولده وأنه ليس بعيب ؟ ذكر عن [. . .] (١) أنه قال : قوله : (فتجر العرب ولاءها) [يريد] (٢) إن نسبها يستفيض ويغلب حتى ينسى ولاءها فيقال : فلانة بنت فلان ، ولا يقال : فلانة مولاة فلان ، هذا الذى يجبر الولاء ، (لا أن) (٣) الولاء ينتقل عن المعتق بحال .

وسئل يحيى بن عمر عن قرشى تزوج أمة رجل من العجم فأولدها فأعتق الرجل ولد القرشى .

فقال : إنهم يرجعون إلى أنساب قریش حتى كأنهم لم يمسه رق قط ، وكذلك العرب لأن أنسابها معروفة يتوارث بها ، واحتج بمسألة مالك [هذه] (٤) .

ورأيت لبعض الأندلسيين : قال : جميع أصحاب مالك مجتمعون : أن الولاء لمن أعتق ما لم يكن المعتق من العرب ، فلا يكون لمن أعتقه ولاء ، إلا أشهب فقال : ولاؤه لمن أعتقه .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا ابتاع عبداً بيعاً فاسداً فلم يقبضه حتى أعتقه المشتري ولا مال له لا يجوز عتقه ويفسخ البيع إن لم يكن فى العبد فضل للعتق لأنه لم يصح عتقه ولا عتق شيء منه فهو بيع فاسد قائم يرد على بائعه ، فإن كان فيه فضل عن القيمة التى لزمته المشتري بيع من العبد مقدار القيمة وعتق ما بقى ويباع على التبعض ، وصفة ذلك أن تكون القيمة عشرين وهو يساوى ثلاثين ، فيقال : من يشتري منه بعشرين ، فيقول رجل : أنا آخذ نصفه بعشرين على أن [يكون] (٥)

(١) لم أتبينه .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : لأن .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

نصفه الثانى حرّاً ، ويقول الآخر : أنا آخذ ثلثه بعشرين ، ويقول الآخر : أنا آخذ ربعة بعشرين على أن يكون الباقي حرّاً ، على هذا المعنى يكون النقصان فى جزء الرق والزيادة فى جزء العتق ، فاعلم ذلك .

[فإن] ^(١) كان إن بعناه على هذا المعنى لم يسوى إلا [التام] ^(٢) اليسير من أجل عينه بالعتق الذى يحصل فيه وإن بيع كله سواء أكثر من القيمة التى لزمت ، فقد قال بعض شيوخنا القرويين : من ابتاع كله بغير شرط عتق وما فضل عن القيمة يجعل فى رقبته .

قال عبد الحق : فإن كانت القيمة التى [لزمت] ^(٣) أكثر من الثمن الذى عقدا به البيع ، ففى « كتاب ابن المواز » : قال فيها أشهب : يرد من عتق العبد قدر الثمن فقط الذى وقع به البيع ، لأنه لم يلزمه ما سوى ذلك من بقية القيمة إلا بعد عتقه ، ولكنه يتبع بذلك ديناً لأنه مما لم يحكم به إلا بعد العتق .

قال محمد : وهذا مذهب ابن القاسم وهو رجوع من أشهب إلى قول ابن القاسم فى مسألة [الدور] ^(٤) الذى أعتق عبده وعليه دين يحيط بنصف قيمته ثم استدان بعد عتقه ديناً آخر ، فزعم أشهب أنه يرد عتقه كله .

وقال ابن القاسم : لا يرد إلا قدر دين الأول [ويتحاص الغريم] ^(٥) فى ثمن ما رد من عتقه .

اعلم أنه إذا أقام المشتري بينة أنه ابتاع بيعاً فاسداً والبائع منه غائب وكان المبيع قد فات فحكم [الإمام] ^(٦) بالقيمة على المشتري وفيها فضل عن الثمن الذى أخذ البائع لا يأخذ السلطان ذلك الفضل فيوقفه بل يبقيه [ق/٥٦ج] فى ذمة المشتري ولا

(١) فى أ : وإن .

(٢) هكذا الأصل .

(٣) فى أ : ألزمنه .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : ويتحاصن الفرعين .

(٦) فى أ : الحاكم .

ينقله من ذمة إلى أمانة ؛ ولأن السلطان أيضاً لا يحكم [لغائب] ^(١) فى أخذ ديونه إلا أن يكون مفقوداً أو مولى عليه إلا أن يقول الذى عليه الدين : لا أريد بقاءه فى ذمتى ، ويقول للسلطان : خذه فياخذه منه السلطان ، وهكذا قال بعض شيوخنا من القرويين .

اعلم أن عيوب الدار على ثلاثة أوجه :

فوجه لا ترد به الدار ولا ترجع [على البائع] ^(٢) من أجله بالعيب الكثير ، وما يخشى منه سقوط الدار ، وسقوط الحائط من أجل الصدع الذى فيه .

ورأيت فى أسئلة سئل عنها بعض شيوخنا لأبى محمد بن أبى زيد - رحمه الله - فى الدار إذا وجد فى حائط منها صدعاً قيل لأبى محمد : لم لا يردها ؟ وما الفرق بينها وبين سائر السلع ؟

فقال : الدار تفارق السلع فى أشياء كثيرة فى البيع ، ألا ترى أن الدار إذا اشترت ثم سحق بعض جدرانها تملك جميعه (ق/ ١٤٠) أو بشركة أو حمل جذوع لجاره إن ذلك لا ترد به ولا يرجع المشتري فى ذلك على البائع بشيء ؛ لأن ذلك أمر متعارف فى الدور لا تكاد دار أن تسلم من ذلك إلا أن يشترط المشتري على البائع فى شراء الدار الأربع الجدران فيستحق منها شيء فها هنا يرجع المشتري على البائع بمصابة ذلك من الثمن ، وأما فى البيع المتمم فلا يرجع عليه بشيء وهى أيضاً إذا سحق بعضها وكان الأقل بيده الثانى بحصة من الثمن ، فلذلك فارق حكمها حكم الحيوان والشوب ، وذكر أن ذلك قول مالك وأصحابه .

قال عبد الحق : وضعف هذا بعض شيوخنا من القرويين ، وقال : إنما وجب أن يرجع بقيمة العيب فى الدور لأن الأغلب فى شرائها القنية ولا تشتري للأثمان والتجارة فلم يكن العيب القليل موجباً لرد الدار ، والسلع غيرها تشتري [للتجارة] ^(٣)

(١) فى أ : على الغائب .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

والأثمان فى الأغلب فكان العيب الذى يؤثر فى عينها موجباً للرد ، كما فرقنا بين الرباع وغيرها من العروض فى فوت ذلك إذا كان البيع فاسدا فلم تكن حوالة الأسواق فيها فوتاً ؛ إذ ليست فى الأغلب مشترة للأثمان وكانت حوالة الأسواق من العروض فوتاً إذ الأغلب شراؤها للثمن فكان التأثير فيها قوياً لهذا ، والله أعلم .

قال : قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) : إذا وجد الأمة رسخاء لا يردّها ، لأنه شىء يرى ويظهر ولو اشتراها وهى غائبة على صفة فوجدها رسخاء لكان له الرد لأنه شىء لم يشاهده .

قال عبد الحق : ذكر عن سحنون فى الزعراء العانة ، وقال : معناه إذا لم ينبت الشعر فى عانتها فهو عيب فى وطئها ؛ لأن الشعر يشد الفرج فإذا لم يكن شعر استرخى .

قال عبد الحق : ورأيت لابن حبيب قال : هو ما تبقى عاقبته من الداء السوء

قال عبد الحق : أعلم أنه إذا باع عبداً اشتراه ثم اطلع على عيب لا يرجع على بائعه شىء عند ابن القاسم كان ما باع به أقل من الثمن الذى اشترى به أو أكثر لأنه على أخذ أمرين كما ذكر إما عالم بالعيب فقد رضى به لما باع ، أو غير عالم فلم ينقص من أجل العيب شىء ، وهذا تعليل جيد .

قال ابن القاسم فى « كتاب ابن المواز » : ولو أن [المشتري] (٢) باع بعد أن علم بالعيب إلا أنه ظن أنه عنده حدث فباع وبين ذلك لمن اشتراه ، ثم علم أن العيب كان عند البائع فإن كان باع بأقل من رأس ماله كان على البائع أن يدفع بقية رأس ماله أو قيمة ذلك العيب ما شاء من ذلك البائع ، غير لو نقص من أجل العيب ولم يعلم أنه كان به عند بائعه أو باعه وكيل له أو غير ذلك بهذه الوجوه لرجع عليه بقيمة العيب أو يعطيه البائع بقية رأس ماله .

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

(٢) فى أ : المبتاع .

قال عبد الحق : بعد طرد ابن القاسم الأغلال الذى وصف فإذا وجده قد نقص من أجل العيب بالوجوه التى تقدمت إما لأنه ظن أن عنده حدث أو باعه وكيل له وتبرأ من العيب ، ولم يعلم أن الأمر اشتراه على أن لا عيب فيه فله مطالبة بئعه بما ذكر .

قال فى « المدونة » : (فإن رجع إليك العبد فلك القيام بالعيب) .

قال أشهب : إن رجع بشراء فيخير فى رده على بئعه منه أخيراً أو على البائع الأول .

فإنما يصح ما قال أشهب إذا لم يعلم بالعيب حتى اشتراه ، وقد وقع فى سؤال المسألة الذى يأثره كلام أشهب : إذا ادعى عيباً بعد بيعه ، قال : لا كلام له ، ثم قال : فإن اشتراه فله القيام بالعيب ، وفى هذا السؤال لا يصح أن يرده على البائع منه أخيراً لأنه قد اشتراه منه ، وقد تقدم علمه بالعيب فكلام أشهب ليس على السؤال وإنما جرى جوابه إذا لم يعلم حتى اشتراه فهاهنا يخير كما ذكر ، لكنه وإن كان قد علم بالعيب قبل أن يشتريه له أن يرده على البائع منه ولا يضره علمه بالعيب ؛ لأن من حجته أن يقول : إنما اشتريته لأرده عليه ؛ إذ قد بقيت حصة العيب عنده ، فأما البائع منه أخيراً فلا حجة له فى رده عليه ؛ لأنه اشتراه منه علماً بعيبه ، وهكذا قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(١) : إن له رده على البائع منه أولاً ولا يرده على البائع منه أخيراً إذا كان علم بالغيب قبل شرائه منه .

وذهب غيره إلى أنه لا يراده لا على البائع منه أولاً ولا أخيراً إذا علم بالعيب قبل شرائه ، والصواب ما قدمناه .

قال بعض [ق/١٤١] شيوخنا من القرويين : إذا اطلع على العيب بعد بيعه إياه فلم يرجع بشيء - على ما ذكر ابن القاسم - ثم باعه المشتري منه من بائع باعه

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

فلا تنتقض البياعات ؛ لأن هذا شراء حادث ، قال : وغيرى يخالفنى فى هذه المسألة ويرى أن ذلك كالأستحقاق وتنتقض البياعات كلها .

قال : وعلى قول أشهب إذا رجع بالأقل من قيمة العيب أو بقية رأس ماله كما وصفنا ثم رجع إليه بشراء أو غيره فله أن يرده على البائع منه ، وغيره يخالفه فى هذا أيضاً ويراه حكماً قضى به لما رجع بالأقل .

قال عبد الحق : ورأيت فى « كتاب ابن حبيب » قال : إذا باعه المبتاع بمثل الثمن فأكثر ثم رجع إليه بشراء أو ميراث أو هبة وهو بحاله لم يتغير فأراد رده بالعيب على بائعه ، فإن كان قد قام عليه قبل أن يرجع [عليه] ^(١) فقضى عليه أن لا يرجع بشىء لخروجه من يده بالبيع بمثل الثمن أو أكثر فلا قيام له الآن ، وإن لم يكن قام عليه ولا حكم بينهما بشىء فهو على أمره يرد أو يحبس .

وفى « كتاب ابن المواز » ، قال ابن القاسم : إذا باعه فعاب عند المشتري الثانى بما يوجب الرجوع بقيمة العيب من ثمنه فرجع بذلك ، فإن للمشتري الأول حيثئذ أن يرجع على بائعه بقيمة ذلك العيب من ثمنه هو ما لم تكن أكثر مما غرم للمبتاع منه فلا يرجع إلا بما غرم .

قال محمد : ما لم تكن أكثر من بقية رأس ماله ، فإنما له الأقل من الثلاثة الأوجه .

قوله : (إذا وجد العبد مخنثاً) يريد يؤتى (والأمة المذكرة) يريد التى هى مخيلة لشرار النساء فإذا اشتهرت بذلك فهو عيب ، هكذا فى « كتاب ابن حبيب » قال : وأما توضيح كلام العبد ولينه فى خلقه ، وتذكير كلام المرأة فى طبعها وهما سالمان من الفاحشة ، فليس ذلك عيباً يردان به .

قال بعض (شيوخنا من أهل بلدنا) ^(٢) : هذا الذى فسرہ ابن حبيب ليس بخلاف « المدونة » وإنما شرط فى الأمة إذا اشتهرت بذلك لأن هذا لم يثبت وإنما

(١) فى أ : إليه .

(٢) فى أ : شيوخ صقلية .

نسب إليها ، فلذلك شرط اشتهاها بذلك ، فاعلم .

رأيت لبعض الأندلسيين : إذا ادعى البائع على المبتاع لما رد عليه بعيب أن مخبراً أخبره أنه رضىه .

قال : يحلف البائع لقد أخبره مخبر ، وكذلك يحلف المبتاع ، قال : وهكذا رواه يحيى عن ابن القاسم قال : وكان بعض مشايخنا يقول : ويلزمه أن يقول فى يمينه : أخبرنى مخبر صادق .

قال : وإن أقام البينة المخبر وقال : هذا الذى أخبرنى سقطت عنه اليمين إن كان المخبر مسخوطاً فى حاله ، قال : وهكذا كان يقول فيه بعض مشايخنا .

قال فى « الكتاب » : إذا باع سلعة بمائة دينار ثم أخذ بالمائة ثوباً [ق/٥٧ج] فألفاه معيباً فرده يرجع بالمائة .

وهذا مما لا اختلاف فيه وكذلك من أخذ من ثمن الطعام طعاماً إنما ينقض عليه البيع الآخر وإنما اختلف الناس فى السلعة الأولى .

ذكر عن ابن لبابة أن قوله : (إنما اختلف الناس فى السلعة الأولى) يريد أن يوجد العيب بالسلعة الأولى فترد ويأخذ الذى ردها ثوبه وتسقط المثاريل ، هذا القول الذى قاله أهل العراق ، ومالك يقول : إذا ردها أخذ مثاريله التى وقع بها بيعه وأخذ السلعة عنده عن المثاريل خلاف [أخذ] (١) الدراهم عن المثاريل .

قال ابن لبابة : وقد قال ابن القاسم : إن القياس فى الدراهم لا يأخذ إلا مثاريل ، وقد تأول بعض الناس أن قوله : « فى المسألة الأولى » إنما يقبضه فيمن اقتضى طعاماً من طعام إذا اشترى ثوباً فقطعه ثم اطلع على عيب وقد نقضه القطع ، فقال البائع : علمت العيب والقيمة .

قال مالك فى « كتاب ابن المواز » : لا يحلف البائع حتى يخير المشتري فإن اختار الإمساك والرجوع بقيمة العيب فلا يمين على البائع ، وإن اختار الرد حلف

البائع وغرم له المشتري قيمة القطع .

قال أصبغ في « كتاب ابن الموار » : ولو قطعه وخلطه فاختار المشتري حبسه والرجوع بقيمة العيب ، فقال البائع : أنا أقبل ثوبى ولا ألزمك نقصان عيب قطعه ولزم لك خياطتك حتى لا يكون لك حجة لتحبسه بها فليس ذلك للبائع ، وليس هو مثل قوله : أنا أطرح عنك قيمة عيبه الحادث إذا لم تكن فيه خياطة ، كما ليس للمبتاع أن يقول : أنا أردته عليك وألزمك قيمة خياطة تغرمها .

يعنى أن ذلك إنما افترق من أجل الصنعة [ق/١٤٢] التى للمشتري فيه وهى الخياطة التى أحدث ؛ فلذلك لم يكن له أن يعطيه الثمن ويأخذه .

قال عبد الحق : إذا رد المشتري الثوب وقد صبغه صبغاً يزيد فى ثمنه ، حكى عن الشيخ أبى الحسن أنه قال : إنما تُقَوَّم يوم الحكم لا يوم البيع ؛ لأنه إذا رده فقد فسخ البيع بالقيمة يوم الحكم لا يوم البيع .

قال عبد الحق : إنما قال فى الرد بالعيب : (يكون شريكاً بما زاد الصبغ) وقال فيمن استحق ثوباً من يد مشتر وقد صبغه فأبى أن يعطيه قيمة الصبغ وأبى المشتري أن يعطيه قيمة الثوب فوجب أن يكونا شريكين المشتري يكون شريكاً بقيمة الصبغ ولم يقل بما زاد الصبغ من أجل أن الذى يرد بالعيب لو شاء تمسك وأخذ قيمة العيب فلما كان باختياره لم يكن شريكاً إلا بما زادت صنعته فى الثوب ، والمستحق من يد الثوب لا خيار له وهو مجبور على أن يؤخذ من يده فكان شريكاً بقيمة الصبغ لهذا ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى مسألة الذى اشترى عبداً فباع نصفه ثم أطلع على عيب فكان الحكم تخيير البائع كما وصف ثم بعد ذلك رد المشتري نصف العبد ما اشتراه بالعيب وكان البائع قد غرم نصف قيمة العيب ، فالآن قد حصلت السلعة كلها بيد المشتري ، فللبائع أن يقول له : إنما غرمت لك نصف قيمة العيب من أجل تبعض السلعة والآن قد حصلت جميعها عندك ، فيقال للمشتري : رد الآن

الجميع وخذ ثمنك ، أو احبس ولا شيء لك ، والمشتري هذا أيضاً ، وإن لم يشأ البائع لأنه إنما كان الحكم تخيير البائع كما وصفنا لضرر الشركة فى السلعة فإذا صارت كلها بيد المشتري رجعا إلى ما يوجب الحكم فى العيوب من قبول المشتري السلعة بالعيب ولا يرجع بشيء أورها وأخذ ثمنه ولا يكون ما نزل بينهما كحكم مضى ، وقد ذهب غيره إلى أن الأمر لا ينتقض وذلك شيء مضى لا ينقض ، والله أعلم .

واعلم أنه على قول أشهب إذا باع نصف العبد يراعى ما باعه به فإن كان بأقل من نصف الثمن الذى اشترى هو به رجع بالأقل من تمام نصف الثمن أو نصف قيمة العيب ولو باع نصفه وهب نصفه ، فأما النصف الذى باعه فلا رجوع له من جهته بشيء على قول ابن القاسم ، ومذهب أشهب على ما قدمناه ، وأما النصف الذى وهب فيرجع فيه بنصف قيمة العيب على القولين جميعاً ، وأما إن وهب نصفه وبقي نصفه بيده فالنصف الموهوب قد وجب له الرجوع فيه بنصف قيمة العيب . ويخير البائع بين أن يغرم نصف قيمة العيب فى النصف الآخر فيكون قد غرم قيمة العيب كله أو يأخذ نصف العبد ويرد نصف الثمن ، وهذا كله بين فاعلمه .

اعلم أنه إذا أتى البائع فتبرأ من عيب بعد تقدم بيعه وأتى ببينة على العيب الذى ادعاه .

قال أشهب فى « كتاب ابن المواز » : لا تنفعه البينة إن لم يقبلها المشتري إلا بإيقاف السلطان له فى الأخذ أو الرد ، فإن لم يثبت بينة ولم يقبل منه المشتري ما زعمه وليس العيب بظاهر ثم أراد المشتري بعد ذلك أن يرده .

قال فى « كتاب ابن المواز » : فإن كان البائع مقيماً على إقراره بالعيب رد عليه وإلا فليس له ذلك .

قال بعض العلماء : إنما فرق مالك بين البراءة فى الرقيق وغيرها ، لأن عيب الرقيق قد لا يعلم إلا من جهته فربما لم يظهر ما به ويكتم ذلك ، وله فى ذلك غرض صحيح وهو محبته أن يكون عند بائعه الذى هو عنده لا يخرج عنه فيكتم ما

به لثلا يباع فيجوز لبائعه بيعه بالبراءة إذا لم يعلم بالعيب وليس كذلك سائر الحيوان لأن كتمانها لعيوبها مستحيل منها لعجمتها فافترقا لهذا ، والله أعلم .

قال ابن حبيب : وإنما يجوز أن يبيع الرقيق بالبراءة من قد لبث عنده العبد واختبره فلم يعلم به ، فأما إن لم تطل إقامته عنده ولم يبق في يديه ما يختبره فيه فيكره له أن يبيع بالبراءة ؛ لأنه يصارع المخاطرة .

قال أصبغ : فإن وقع مضى ولم يفسخ .

قال ابن حبيب : وهو يرى في بيع البراءة من كل عيب لم يعلمه ، وإن أتى ذلك [ق/١٤٣] على كل الثمن قاله مالك وأصحابه ، إلا المغيرة فإنه قال : هذا ما لم يجاوز العيب ثلث الثمن ، فإن جاوز رد ولم تجز فيه البراءة ، ولسنا نقول به .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما قال : إن الوكيل عليه أن ينقد الثمن ، وإن قال : إني إنما أشتري لفلان حتى يشترط أن فلاناً [ينقد دوني ، وقال : إذا قال : إن السلعة التي أبيع لفلان لا عهدة عليه] ^(١) ، من أجل أن العهدة إنما هي قد تطرأ يوماً ما والبيع قد يتأخر فيه ، وصح قبض الثمن والمثمون ، وأما نقد الثمن فالوكيل قد أخذ شيئاً فعابه إذا عوضه ، فليس ذلك كالعهدة الطارئة بعد التفاضل من الثمن والمثمون ، والله أعلم .

قال : إذا رد السلعة بعيب رد السمسار الجعل .

قال أبو بكر بن اللباد : معناه إذا لم يدلس ، [البائع] ^(٢) أما إن دلس فجعل الأجير .

حكى عن الشيخ أبي الحسن قال : هذا إذا لم يعلم السمسار بالعيب فله الجعل ، أو كان البائع قد دلس ورد الثوب أو لم يرد [فإن] ^(٣) كان السمسار علم بالعيب أيضاً فدلس به كما دلس البائع ، فإن رد الثوب فلا جعل له ، وإن لم يرد فله أجر مثله .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : فأما إن .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصلح

قال ابن القاسم: ومن ابتاع عبدا بمائة دينار دفعها إلى بائعه ، ثم أصاب بالعبد عيبًا ، والعبد لم يفت فصالحه البائع على عشرة دنانير بعدها جاز ؛ لأنه استرجع عشرة من دنانيره وأخذ العبد بتسعين .

يريد أن العشرة دنانير من سكة الثمن المدفوع ، ولو كانت من غير سكة الثمن لم يجز وهو عرض وذهب بذهب .

قال في « الكتاب » : وإن كانت الدنانير إلى أجل لم تجز ؛ لأنه بيع وسلف من المشتري للبائع إلا أن يكون تأخيرها من غير شرط فيجوز .

قال عبد الحق: فينبغي هاهنا إذا كانت الدنانير إلى أجل بشرط فتراضيا على تعجيل العشرة وإسقاط الأجل أو كان البائع خاصة هو الذي دعا إلى تعجيل العشرة أن ينظر فإن فعلا ذلك قبل افتراقهما من المجلس الذي عقدا فيه أن تكون العشرة إلى أجل ، فذلك جائز ، وأما إن افترقا ثم فعلا ما وصفنا فذلك غير جائز ؛ لأنهما لما افترقا صارت العشرة كسلف غيب عليه والسلف [ق/٥٨ج] إذا غيب عليه لم يجز لمشرطه إسقاطه وإتمام البيع لأن الربا قد تم بالغيبية عليه ويكون البيع منقوضًا ، وإن فات ففيه القيمة ما بلغت على ما قال سحنون - رحمه الله .

فإن قيل: فإنهما وإن لم يفترقا من المجلس فقد كان البائع قبض الثمن الذي جعلت العشرة منه سلفا ، وغاب على ذلك فهلا كان غير جائز لأنه سلف غيب عليه؟

قيل: ليس الأمر كما ذكرت ، لأن البائع إنما قبض الثمن أولاً على أن جميعه ثمن لعبده لم يقبضه على أن شيئاً منه سلف [ق/١١٤أ] فهو قبض صحيح ، وإنما الآن بما أخذناه يجعل بعض المقبوض كسلف فبالافتراق يتقرر بينهما سلف غيب عليه ، ونحو هذا حفظت عن بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) .

(١) في أ : شيوخ صقلية .

قال فى «الكتاب» : وإن صالحك البائع على أن دفع إليك مائة درهم إلى شهر لم يجز ؛ لأنك فسخت قيمة العيب من الذهب فى دراهم إلى أجل ، فذلك ذهب بورق إلى أجل ، والذي عبر بعض المختصرين عن هذا أجود وذلك أنه قال : لأنه بيع عند نقد أو دراهم إلى أجل بدنانير نقداً فذلك صرف مستأخر .

وإنما قلنا: إن هذه العبارة أجود ، لأن [قيمة العيب] ^(١) لم تجب و [...] ^(٢) لأن العبد قائم لم يفت فكيف يقال : إنه فسخ قيمة العيب من الذهب فى دراهم ، ولو كان الصلح هاهنا على عرض نقداً جاز كان البائع قد انتقد الثمن [أم لا] ^(٣) ولو كان العرض مؤجلاً جاز إن لم يكن البائع انتقد الثمن ، فإن كان البائع قد انتقد الثمن فقد قال أصبغ : لا يجوز وهو دين فى دين ، ولو فات العبد فصالحه البائع على عرض إلى أجل ولم يكن البائع قبض الثمن فذلك جائز ، لأن حصة العيب قد وجبت للمشتري بفوت العبد فباعها المشتري من البائع بعوض إلى أجل فذلك جائز إذا عرف حصة العيب ، ولو صالح البائع على دراهم إلى أجل لم يجز ؛ لأن المشتري باع حصة العيب وهى ذهب بدراهم إلى أجل ، فهذا صرف مستأخر ، وأما بعرض أو دراهم معجلة فجائز بعد المعرفة بحصة العيب ، ونحو هذا لأصبغ ، وهو بين فتدبره .

قال فى «الكتاب» : ولو ابتاع العبد بدراهم إلى أجل فطعن فيه بعيب ما ذكره البائع وزعم أنه لم يكن عنده فردة المشتري قبل الأجل مع دراهم أو دنانير نقداً لم يجز ويدخله فى رده دراهم بيع وسلف من المشتري للبائع يقبضه من نفسه لنفسه ، وفى زيادة الدنانير تأخير الصرف .

قال عبد الحق : إجراء هذه المسألة مجرى البيع المبتدأ وهى كمسألة ربيعة فى الحمار إذا أقاله منه يدخلها ما دخلها ، فإذا كان العبد المردود مع ما يعجله من

(١) فى أ : قيمته .

(٢) قدر كلمة لم أثبتها .

(٣) فى أ : أم لم ينتقض .

الدراهم دون الثمن المؤجل فهو « ضع وتعجل » كما قال ربيعة فى مسألة الحمار فى قوله : إنما ذلك بمنزلة من اقتضى ذهباً فتعجلها من ذهب وهو عرض وذهب بذهب مع البيع والسلف ، كما قدمنا .

قال فى كتاب الصلح : ولو حل الأجل جاز أن يزيده مع العبد عرضاً أو دنائير أو دراهم نقداً .

فأما قوله : (دراهم) والبيع قد وقع بدراهم فهذا بين أنه جائز ، فأما إذا دفع دنائير فكيف يجوز هذا وهو يمنع من بيع وصرف ، وإنما يصح هذا لو دفع ذهباً أقل من دينار وهو قد قال : ادفع دنائير فهذا غير صحيح على ما بنى المسألة عليه من جعله المسألة كالبيع المبتدأ ، ولعله جرى على غير تحصيل ، والله أعلم .

قال غيره فى « الكتاب » فى فوت العبد بعث أو موت أو تدبير وقد ابتاعه بدراهم مؤجلة : لا يجوز أن يزيده البائع دراهم نقداً ؛ لأنها سلف للمبتاع يردّها بما عليه إلى الأجل ، وإنما ينبغى أن يضع عنه حصة العيب مما عليه قصاصاً .

فحكى عن الشيخ أبى الحسن بن القاسبي رحمه الله أنه قال : قوله : (إنها سلف للمبتاع يردّها إلى الأجل) يريد أنه سلف من البائع للمبتاع دفع به عن نفسه خصومة المبتاع له فى قيمة العيب ؛ لأنه لو لم يرض تعجيل ما عجل له لأمكن أن لا يوافق على قيمة العيب فإذا أمكن ذلك صار سلفاً جر منفعة .

وذكر عن أبى محمد - رحمه الله - أنه قال : لا أدري ما معنى قول [ق/١٤٥] غيره : (إنه سلف للمبتاع) وإذا كانت الدراهم التى يعطيها البائع نقداً مثل حصة العيب والعبد قد فات مما يمنع عندى من سلفها شىء إلا أن تكون الدراهم التى يعطيها البائع أقل من حصة العيب فيستهم البائع فى دفع قليل فى كثير ، والله أعلم .

قال عبد الحق : على اعتلال الشيخ أبى الحسن لا يجوز ذلك كان المدفوع مثل حصة العيب أو أقل أو أكثر بخلاف ما قال أبو محمد ، فاعلم .

قال عبد الحق : قال غير واحد من [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(١) فى مسألة الطوق إذا صالحه على دراهم من سكة الثمن فتأخرت من غير شرط : لم يجز ذلك ، بخلاف ما قال فى مسألة العبد .

قال عبد الحق : ولو وقع الصلح فى مسألة الطوق بعرض نقدًا فهو بيع وصرف فلا يجوز إلا أن يكون العرض يسيرًا ، وأما إن كان العرض إلى أجل فلا يجوز على [كل] ^(٢) حال لأنه كبيع طوق معجل وعرض إلى أجل بثمن معجل فتأخير ما مع الطوق كتأخير الطوق ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا وقع صلحهما من مائة درهم ادعاها عليه على خمسين إلى أجل والمدعى عليه منكر لا يجوز ذلك على قول مالك ، لأن المدعى عليه لو نكل عن اليمين وحنث على المدعى فصار المدعى قد انتفع بطرح اليمين من أجل تأخيره بالخمسين إلى الأجل ، فذلك سلف جر نفعًا .

وابن القاسم لما سئل : إذا كان الصلح على الإنكار ، قال : لم أسمع من مالك فيه شيئًا ، وجوز هو ذلك وساوى بين الإقرار والإنكار ولا يستوى ذلك عند مالك على ما بينا ، والله أعلم .

قال عبد الحق : وقع فى مسألة الشريكين فى دين لهما يبيع أحدهما [نصيبه] ^(٣) من الغريم أو يصالحه [من] ^(٤) غير الطعام والإدام ، فرأيت لبعض الأندلسيين قال : إذا كان الذى على الغريم طعام من بيع باعاه منه فلا يجوز لأحدهما أن يأذن لصاحبه فى الخروج لاقتضاء حقه خاصة ؛ لأنها مقاسمة فيدخله بيع الطعام قبل استيفائه ، فلذلك قال فى صدر المسألة : غير الطعام والإدام .

قال عبد الحق : ويحتمل عندى أن يكون شرطه غير الطعام والإدام إنما هو عند

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : حصته .

(٤) فى أ : منه على .

ذكره بيع أحدهما نصيبه أو صلحه منه ، لأنه إذا كان الذى لهما طعاماً أو إداماً لم يجز لأحدهما بيع نصيبه أو مصالحته للغريم منه ؛ لأن ذلك بيع الطعام قبل قبضه ، وهذا الذى يشبه أن يكون أرادته ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كان دينهما عينا فصالح أحدهما من نصيبه على عرض يكال أو يوزن فشركه صاحبه فيه ، ثم [تربصاً] ^(١) إلى أن يقبض نصيبه ، فيرد عليه على أحد القولين ، إنما يرد عليه القيمة لا المثل ، وكذلك قال فى مسألة من قال : فدى رجلاً من دار الحرب بشيء من المكيل أو الموزون إنما يرد عليه قيمته ، وكذلك فى الهبة للثواب إذا كانت [مكيلاً] ^(٢) أو موزوناً وفاتت باستهلاك الموهوب لها يدفع قيمة ذلك لا المكيلة .

وقال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(٣) فى مسألة الشريكين : إنما يدفع مثل ما قبض منه إذا كان يكال أو يوزن أو قيمته إن كان من غير المكيل أو الموزون ، وهذا أصوب عندى ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أعذر أحد الشريكين فى الدين إلى صاحبه فى الخروج وأشهد على رضاه ، ومضى ، فلم يجد مع الغريم إلا مقدار حقه فأخذه ، لا كلام لشريكه ، بخلاف مسألة كتاب الكفالة : إذا لم يوجد مع الغريم إلا مقدار حظ الحاضر فقضى السلطان له بذلك ثم قدم الشريك الغائب ؛ لأنه فى مسألة الصلح لما كان الشريك [ق/٥٩ ج] حاضراً وأشهد على رضاه فقد رضى بالمقاسمة ، وفى مسألة كتاب الكفالة السلطان هو الذى قضى للحاضر فأخطأ فى قضائه لما دفع إليه جميع حقه ، وهو جملة ما بيد الغريم ؛ فلذلك دخل عليه صاحبه فيما قبض .

وأما مسألة كتاب السرقة : إذا سرق لرجلين فأخذ أحدهما من السارق شيئاً

(١) فى أ : يرتضيا .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : شيوخ صقلية .

فها هنا يشركه صاحبه فيما قبض ، وإن كان قد قضى له بما ينوبه .

وإنما افرقت هذه المسألة من حكم ما قدمناه : لأن الشريك الذى لم يحضر فى مسألة السرقة لم يرض بمدانة السارق ولا جعل حقه تطوعه فى ذمته فكان ما قبض الشريك بينهما .

وفى مسألة كتاب الكفالة الشريك رضى بمدايته وكون حقه فى ذمة الغريم ؛ فلذلك إذا قضى القاضى بالقسمة من أجل الغيبة وقضى للحاضر بما ينوبه وأبقى نصيب الغائب فى ذمة الغريم [ق/١٤٦] الذى رضى بمدايته لا كلام للشريك ، فاعلم افتراق الثلاث مسائل على الوجوه التى قدمنا فهى بيّنة ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : تمثيل غير ابن القاسم فى صلح أحد الوليين من الدم عن نصيبه بعد بينهما بيع أحدهما نصيبه منه : أن شريكه لا يدخل عليه ، ليس يلزم ابن القاسم .

والفرق بين ذلك : أن فى بيع الشريك نصيبه لم يتغير الحق الذى بينهما وقد أبقى نصيب شريكه على حسبما كان له قبل البيع جزءاً شائعاً ، وفى الصلح عن الدم قد [يتغير] ^(١) الأمر بصلح الشريك ؛ لأنه قد صار بصلحه مالاً بعد أن كان دماً فافترق الحكم فى ذلك لهذا ، والله أعلم .

قال بعض الأندلسيين فى مسألة الذى يصالح على الإنكار ثم يقر : معنى ما ذهب إليه ابن القاسم أنه كان الطالب صالح وهو يعلم أن له بنية أن الصلح تام ولا ينتقض بإقرار المقر .

وقال بعض شيوخنا من القرويين : إنما شبهها ابن القاسم بمسألة الذى يقيم بيّنة وهو يعلم بها أو لا يعلم [بها] ^(٢) ، لأنه جعل إقرار المطلوب بعد الصلح كمثلاً إذا لم يعلم بالبيّنة ، فلما كان له القيام بها كذلك إذا أقر له المطلوب يقوم عليه إن شاء .

(١) فى أ : تغير .

(٢) سقط من أ .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا صالح عن موضحتى عمد وموضحة خطأ بشقص على قول ابن القاسم لا يكون لموضحتى العمد نصف الشقص بل تأخذ بخمسين وبثلثى قيمة الشقص ، وأبى ما قال بعض الناس : إن المجهول كله يجعل له نصف الشقص كان موضحتى عمد أو أكثر ، فاعلم ذلك .

قال : إذا كان لك عليه دراهم نسيئاً مبلغها جاز أن تصطلحاً على ما نسيئاً من ذهب أو عرض أو ورق ، ومغمز التقية فيه سواء .

وذكر عن الشيخ أبى الحسن أنه قال : إنما تصح هذه المسألة على أنهما نسيئاً الدراهم عن صارت قبله لا يدرى من بيع سلعة أو غيرها أو قرض أو غيره ، فحينئذ يدخل ما يصطلحان عليه من عرض ما يدخل فى الدراهم ؛ إذ يمكن أن تكون الدراهم ثمن عرض لا ينبغي أن يقتضى هذا العرض الذى اصطلاحاً عليه من ثمنه .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا اصطلاحاً فى هذه المسألة على شئ ثم تقايلاً فى الصلح لم يجز ذلك ؛ لأنهما يرجعان من معلوم ثبت بينهما إلى أمر مجهول ، فاعلم ذلك .

تم كتاب الصلح بحمد الله وعونه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الجعل والإجارة

قال عبد الحق : إذا باع منه سلعة بمائة على أن يتجر له بثمنها سنة إنما يتم ذلك إذا أخرج المشتري الثمن وأحضره لينتقل من ذمة إلى أمانة فتصح الإجارة عليه ، ويسمى أيضاً في أى أنواع التجارة يتجر له بها ، ولا يلزمه أن يتجر له في ربحها وإن شرط عليه أن يتجر في ربحها لم يجز [ذلك لأنه] ^(١) مجهول بخلاف الراعى يشترط عليه رعاية ما تلد الغنم ، هذا جائز لأن ما تلد معروف ولو أنه لم يحضر الثمن وتجر سنة كان الربح للمشتري والخسارة عليه ، ويرتجع البائع من سلعته مقدار الإجارة ، وذلك أن الإجارة على الدنانير إنما تصح متى أخرجت ، [فإذا] ^(٢) لم يحضر مكانه لم يتجر له ، فتقوم تجارته بها سنة وتضاف إلى الثمن ، ثم يعلم مقدار الإجارة فإن كان الثمن مائة والإجارة في السنة تساوى خمسين فالإجارة مقدارها من الجميع الثلث فيرجع البائع بثلاث قيمة سلعته أو بثلاث عينها إن كانت قائمة على الاختلاف المذكور في الذى باع منه نصف ثوب على أن يبيع له النصف [الباقى] ^(٣) [شهرًا] ^(٤) فباع في بعض الشهر ، وهاتان المسألتان سواء ، فتدبر ذلك .

وأجود القولين ألا يرجع في عين السلعة لزيادة ضرر الشركة ؛ لأنه إذا رجع البائع في عينها صارت بين ثلاثة بعد أن كانت بين رجلين فزيادة ثالث تكثر به الضرر ، وإذا أحضر الدنانير فصحت الإجارة عليها كما قدمنا فعمل بها نصف السنة ثم مات ، جرى هذا السؤال مجرى الأول في انتقاض ما يخص باقى الأمد من السلعة المبعة ، ويرجع البائع بمقدار ذلك في عينها أو قيمتها على الاختلاف في ذلك كما وصفنا ، فتدبر ذلك .

وإذا تاجر بالمائة فانقضت السنة وهى في عروض ، لم يلزمه بيعها ، بخلاف

(١) فى أ : ولا يلزمه ربحها لأن ذلك .

(٢) فى أ : فأما إذا .

(٣) فى أ : الآخر .

(٤) فى أ : فى شهر .

المقارض وتسلم إليه تلك العروض ، فإذا تاجر بالمائة فنقصت خلال السنة فللبائع أن يزيده تمام المائة يتجر فيه المشتري ولا كلام له ، ولو استحققت السلعة المشتراة وقد تاجر [فيه] ^(١) المشتري بعض [ق/١١٤٧] السنة كان له أجر المثل فيما تاجر ويرجع على البائع بثمنه والربح والخسارة في المائة التي تاجر فيها للبائع وعليه ، ولو تاجر المشتري بالمائة نصف السنة ثم اطلع على عيب في السلعة التي اشترى وقد فاتت فقيمة العيب قد وجبت له ، فإن كانت قيمة العيب ينقصها الربع رجع مشتري السلعة على البائع ربع المائة وهو خمسة وعشرون ، ويرجع عليه أيضاً بربع قيمة [إجارته] ^(٢) في الستة أشهر الماضية ويتاجر في الستة أشهر الباقية بخمسة وسبعين دينارا لأنه يحط عنه ربع ما استؤجر له ، ولو اطلع على العيب قبل أن يتاجر في شيء وقد فاتت السلعة وكان العيب ينقصها الربع كما ذكرنا ، فإنه يرجع عليه بخمسة وعشرين ويتاجر له بخمسة وسبعين في السنة التي استأجره ليتاجر له بها ، وأكثر هذه الوجوه التي ذكرت حفظتها عن القرويين وذلك كله بين على أصولهم ، فتدبره .

قال بعض شيوخنا من القرويين في الجعل على بيع [كثير من] ^(٣) السلع :
معناه على أنه لا يأخذ شيئاً إلا أن يبيع جميعها ، وأما إن كان على أنه ما باع فله قدره من الإجارة فذلك جائز .

وقوله في الجعل على شراء كثير الثياب : (إنه يجوز) ^(٤) يريد : لأنه كلما اشترى أخذ بحسابه ، فأما إن كان لا يأخذ شيئاً إلا بشراء الجميع فلا يجوز ذلك ، فالجعل على الشراء والبيع لا فرق بينه ، وإنما يختلف ذلك على ما بيناه ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين في مسألة الغزل يدفعه لحائك يعمل له منه ثوباً على أن يسلفه فيه رطلاً : إذا نزل ذلك يدفع إليه مثل ما أسلفه والثوب له

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : الإجارة .

(٣) في ج : كثير .

(٤) المدونة (٣/٤٢٣) .

وللحائك أجر مثله ما بلغ ؛ لأن السلف قد انتفع به فقد تم الربا بينهما كما ذكر سحنون ، وليست هذه المسألة كمسألة ابن المواز فيمن دفع إلى صائغ خمسين ديناراً على أن يسلفه خمسين أخرى [ق/ ٦٠ج] ويعمل له سوارين ويعطيه أجرته ؛ لأن عين الذهب هنا قائمة والغزل مستهلك بالصنعة التي صنعها ، وإنما هي كمسألة ابن المواز في اللجام يدفعه إليه ليموهه ويزيده من عنده ؛ لأن اللجام ما جعل فيه مستهلك ، فهذه كمسألة الحائك لا كمسألة السوارين ، والله أعلم .

وحكى عن الشيخ أبى الحسن أنه قال فى مسألة الحائك : يكون الثوب بينهما على قدر ملك كل واحد من الغزل ، وللحائك أجر مثله فى حصة صاحبه قياساً على مسألة السوارين ، والقول الأول أصوب لما قدمناه ، والله أعلم .

قال بعض [الشيخوخ] ^(١) القرويين : إذا استأجره على طحن قمح معلوم بدرهم وقفيز من دقيق القمح يملك القمح قبل الطحين انفسخت الإجارة ، وإن هلك بعض الطحين وقبل القبض نظر كم يساوى القفيز من الدقيق ؟ فإن قيل : أربعة دراهم ، فقد علمنا أن الدرهم خمس الإجارة فيدفع إليه الدرهم وإجارة مثله فى طحنه أربعة أخماس القمح .

وحكى عن الشيخ أبى الحسن فى مسألة الجلود يدفعها ليدبغها بنصفها قال : إن دفع الجلود ليدبغها بنصفها قبل الدباغ على أن يدبغها كلها ، فإن فاتت بالدباغ لزم الدبّاغ نصف قيمتها يوم قبضها وله فى النصف الأجر أجر مثله ، وإن قال له : ادبغها ولك نصفها بعد خروجها من الدباغ ، فإن خرجت من الدباغ فهى كلها لربها وللعامل أجر مثله ، فإن لم يقبضها ربها بعد الدباغ حتى فاتت بيد القابض بحوالة سوق فأكثر لزمه نصف قيمتها يوم خروجها من الدباغ وله أجر مثله فى دباغ الجلود كلها .

قال : إذا أجرته على بيع سلع كثيرة شهراً على أنه متى شاء تركه جاز إن كان إذا باع قبل ذلك أخذ بحساب الشهر .

قال حمديس في «مختصره» : وينبغي لو كان الأمر على ما ذكره من الخيار أن تفسد الإجارة ؛ لأنه إنما يجوز من اشتراط الخيار في الإجارة ما يجوز في البيع ، وإنما مخرج هذه المسألة عندي - والله أعلم - أن يكون معناها : إنى أبيع لك هذه السلعة على حساب الشهر بكذا وكذا ولا ينقده ، بمنزلة ما قال مالك : إذا أكره داره على حساب الشهر بكذا وكذا .

وحكى عن الشيخ أبى الحسن فى هذه المسألة أنه قال : معنى هذه المسألة أنه بالخيار ما لم يعجل فإما أن يكون بالخيار بعد العمل فلا ينبغي إذا أجرته على رعاية مائة شاة هى بينكما نصفان ، فعند ابن القاسم كأن الإجارة إنما وقعت على خمسين شاة ، فإن اقتسما الغنم ، فوقع للذى أجر صاحبه [ق/١٤٨] أكثر من خمسين ، لم يلزم صاحبه رعاية ما زاد على الخمسين ، وإن وقع له أقل من خمسين كان لصاحبه أن يتمها خمسين ، فلا يحتاج على ما وصفنا أن نعتدل فى القسم عند ابن القاسم بخلاف ما قال غيره ، هكذا قال لى بعض القرويين .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما اختلف جوابه فى مسألة من استأجر سبيل مصب مرحاض ومسألة مسيل ماء الميازيب لافتراق السؤال ، وأما السؤال إذا اتفق فلا فرق بين ذلك .

بيان ذلك : من استأجر نصف مرحاض إنما استأجر سبيل المرحاض من كان إلى جار صاحبه ، فذلك كطريق استأجرها يدخل فيها إلى داره [من دار] (١) رجل ، ومسيل ماء الميازيب إنما اشترى [فى] (٢) ذلك ما يسيل من ميازيب جاره إلى داره ، وأما لو قال له : نعطيك شيئاً على أن تجرى ميازيى إلى دارك ، فذلك كمسألة المستأجر نصف مرحاض ذلك جائز كطريق استأجرها كما قدمنا ، وسواء طال الأمد أو قرب ، وذكر أن غيره يفرق بين الأمد اليسير والكثير ؛ لأن فى اليسير قد يقع المطر أو لا ، فهو غرر ، والكثير يقع فيه المطر لا بحاله على جري العادة والغالب المتعارف .

(١) سقط من ج .

(٢) فى ج : فى .

اعلم أنه إذا أجره على تعليم عبده سنة ، وله نصفه ، فنزل ذلك فإن كان إنما جعل له نصفه بعد السنة فله أجر مثله فى تعليمه والعبء لسيدته ، وإن جعل له نصفه الآن على أن يعلمه سنة ، فذلك أيضاً غير جائز ، إلا أنه نزل وفات ، كأن العبد هاهنا بينهما وعلى الذى علمه نصف قيمته للآخر وعلى الآخر له نصف قيمة تعليمه .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإن دفع إليه غلامه ليعلمه سنة فعلمه فيها فمات العبد فى نصف السنة فينظر كم تعليمه فى نصف السنة الأولى ، فإن كان الثلثين ، والنصف الثانى الثلث لأن تعليمه فى نصف السنة الأول أشق ، وتعليمه فى النصف الثانى أسهل ، وتعليمه أيضاً فى النصف الأول أقل أجرة وفى النصف الثانى أكثر أجرة ، فلا بد أن تعرف اختلاف ذلك ، فإذا كان تعليمه فى النصف الأول الثلثين كما قدمنا فإن كان كراؤه فى ذلك النصف الثلث ؛ إذ كراؤه أبخس كما قدمنا والنصف الثانى الثلثين إذ الناس فيه أرغب فقد استوفى على ما رتبنا الثلث وبقي له ما بين ذلك إلى الثلثين وذلك ثلث فيرجع بثلث إجارة المثل ، فتدبر ذلك .

إذا أجره يحمل له طعاماً إلى بلد كذا بنصفه ، ولم يشترط قبض نصفه الآن ولا إلى البلد ، ووقع الأمر بينهما ، فعلى مذهب ابن القاسم هو على الفساد حتى يشترط قبض جزئه الآن ، وعند غيره هو جائز حتى يشترط ألا يقبضه إلا بعد البلوغ ، فإن اشترط أن يقبض جزئه إلى البلد وفات ذلك وحمل الطعام ، فقال بعض المتأخرين : يكون للحمال نصفه وعليه مثله فى الموضع الذى حمّله منه ، وله كراؤه فى النصف الآخر على أنه بلغه .

وعاب هذا القول بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(١) وقال : يلزم على هذا القول إذا هلك الطعام أن يضمن نصفه ؛ لأنه على قوله بالقبض حصل فى ذمته وهذا يبعد لأن المسألة إنما كان الأمر فيها فاسداً ؛ لأنه منعه من قبض نصف الطعام ولم

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

يجعل له أجرة إلى أن يصل إلى البلد فكيف يضمن إذا هلك قبل البلدة ، وهو إنما صيره له بعد الوصول إليها .

قال عبد الحق : ينبغى [إن] ^(١) باع داره ممن يتخذها كنيسة وفاتت أن تقوم الدار بغير شرط كونها كنيسة ، وتقوم بشرط كونها كنيسة ، فينظر ما بين القيمتين فيتصدق من الثمن بما يخصه ، وأما إن أكرهاها على أن تتخذ كنيسة ، وفاتت ذلك ينبغى هاهنا أن يتصدق بالكراء كله ، ولو كان إنما أكرى أرضه على أن تبنى فتتخذ كنيسة مدة فينبغى فى هذا أن ينظر ما زيد من أجل بنائها كنيسة فيتصدق به حسبما قدمنا فى البيع ، والله أعلم .

وإجارة المسلم نفسه من نصرانى على ثلاثة أوجه ، فإن استأجر نفسه فى مثل رعاية الخنازير وحمل الخمر وشبه ذلك فهذا تفسخ إجارته متى ما عثر عليها ، فإن فات ذلك وقبض الإجارة تصدق بها عليه ، فهذا وجه .

والوجه الثانى : إن استأجر نفسه فى شئ يمتهنه النصرانى فيه ويكون تحت يده من خدمة ونحوها فهذا يفسخ متى ما عثر عليه ، فإن فات ذلك لم يتصدق عليه بالأجرة وساعت له الأجرة .

والوجه الثالث : إن استأجره فى شئ لا يكون فيه تحت يده ولا امتهانه مثل حراسة وقراض يأخذ منه يعمل به فهذا إذا نزل مضى بالثمن وساعت له الأجرة .

اعلم أنه إذا أجر عبده ثم باعه ، وكانت [ق/ ٦١ج] الإجارة قريبة كالיום [ق/ ١٤٩أ] واليومين إن لم يرض المشتري بذلك فله رد البيع إذا لم يعلم [أنه فى إجارة] ^(٢) وإنما يتم البيع إن رضيه وليس ذلك كمثل الأمة المحرمة بقرب من الإحلال والمعتدة بقرب من انقضاء العدة ، هذا وإن كان لم يعلم المشتري بذلك إذا قرب ذلك لزمه البيع لأن منافع الأمة من خدمة وغيرها فى هذا قائمة والعبد المستأجر يوماً أو يومين لا ينتفع به فى ذلك اليوم واليومين ، وربما كانت إجارته اليوم واليومين لها

(١) فى أ : إذا .

(٢) فى أ : بالإجارة .

ثمن كبير ؛ فلذلك كان له الرد ، ولا يلزمه البيع إلا برضاه ، فاعلم .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) : إذا كان راعى الغنم يضمه إلى نفسه فيكون تحت يده ليس عليه أن يسمى عدة ما يرعى له من الغنم ، بخلاف الذى لا يشترط ضمه إلى نفسه المشترك لجميع الناس هذا لابد أن يسمى له عدة الغنم التى يؤاجر عليها ، ورأيت لابن حبيب نحو هذا .

قال عبد الحق : إذا شرط على الراعى ألا يرعى غنمًا أخرى فأجر نفسه فى رعاية غنم أخرى ، ذكر ابن القاسم : أن الأجرة للذى أجره ، ولم يذكر تخيير كما خيره فى أجير الخدمة يؤجر نفسه أن له أن يأخذ الأجر [منه] (٢) أو يسقط حصة ذلك من المسمى ، والأمر فى ذلك سواء فينبغى أن يقال : كم تساوى إجارته على ألا يرعى مع الغنم غيرها ، وتقوم أيضًا على أن يرعى مع الغنم غيرها فيعرف ما بين ذلك ، ثم يخير بين أن ينظر ما يخصه من الكراء الذى سمى ، فيسقطه من إجارته أو يأخذ ما أجر به نفسه ، والله أعلم .

قال بعض (شيوخنا من أهل بلدنا) (٣) : إذا أجزت الظئر (٤) نفسها على أن ترضع فى بيت الصبى فمات زوجها رجعت إلى بيت زوجها تعتد فيه وليس لها المبيت بغيره .

قيل : أليس قد حصلت بالشرط فى أمر قد لزمها من أجله المقام قبل وجوب العدة عليها ؟

فقال : قد طرأ ما هو أقوى مما انعقد عليها وهى العدة التى جعلت فى المسكن حفظا للنسب واحتياطاً له من إدخال الشبهة فيه .

قلت : أليس قد قال : إذا سبق الاعتكاف الطلاق لم تخرج منه ، فما الفرق بين المسألتين ؟

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

(٢) زيادة من أ .

(٣) فى أ : شيوخ صقلية .

(٤) الظئر : بكسر الظاء المعجمة بعدها همزة ساكنة ، المرزعة غير ولدها ، ويقال لزوجها: ظئر .

فقال : إن مبيتها في بيتها إنما هو لما ذكرنا من حفظ النسب والمعتكفة موضعها المسجد فيؤمن عليها أن يحدث فيه حدثاً وهي من أجل اعتكافها ممنوعة من النكاح ، فمن أجل هذا تركت فيه ، والله أعلم .

اعلم أنه إذا أجر ظئرين واحدة بعد أخرى فماتت الأولى إنما يكون للثانية مقال إذا علمت حين عقدتها إجارتها أن معها غيرها ، فأما إن لم تعلم بالأولى فلا كلام لها ؛ لأنها دخلت على أن ترضع الصبي وحدها ، وكذلك ذكر حمديس في كتابه وهو بين ، والله أعلم .

واعلم أنه إذا قدم الأب للمعلم أجر التعليم ثم مات فإن ما قدمه الأب لا يكون ميراثاً ، بخلاف تقديمه إجارة الظئر .

والفرق بين ذلك : إن الأب لا يلزمه تعليم ولده إلا أن يشاء ، فلما أوجب على نفسه ما لم يكن واجباً عليه لزمه حياً وميتاً ، وأما الرضاع فهو واجب على الأب ، فإنما قدم ما يلزمه في حياته فإذا مات سقط عنه إلا أن يعلم أن الأب إنما قدم ذلك تبعية للولد خوف الموت فيكون عطية أوجبها له في صحته ، فلا سبيل إلى أن يكون ذلك ميراثاً ، ويستوى في هذه المسألة أجر التعليم وإجارة الظئر ، وأعرف نحو هذا التفسير لابن المواز .

قال بعض شيوخنا من القرويين في مسألة الأجيرين على حفر بئر مرض أحدهما بعد حفرهما لبعضها : إن كانا شريكين في هذه الصنعة فهاتنا من مرض منهما بذلك يلزم ماله ويلزم صاحبه ، فإذا عمل صاحبه وأتم جميعها فالأجرة بينهما ويرجع به على صاحبه المريض بما يخصه من العمل ، إلا أن يكون عملاً يسيراً ، وأما إن لم يكونا شريكين في هذه الصنعة ، وشرط عمل أيديهما أو شرط أن يكون مضموناً على كل واحد منهما ، فالوجهان سواء الذي عمل متطوع لصاحبه لأنه ليس بشريك له في الصنعة ولا كان هذا متوجهاً عليه عن المريض ومخاطب به ، فهذا مفترق ، والله أعلم .

اعلم أنه إذا قال رب المتاع للصانع : عملته لى باطلاً ، وقال الصانع : بل بأجر

كذا ، فكان على قول ابن القاسم الصانع مصدقاً إذا قال ما يشبه أجرته لائمين على رب المتاع إذ لا يفيد شيئاً ؛ لأن الصانع يأخذ ما ادعى من الأجر ، سواء حلف رب المتاع أو نكل ، وأما إن كان ما ادعى الصانع لا يشبه أجرته فهانئاً يحلف رب المتاع لأن يمينه تسقط ما زاد من التسمية على أجر المثل ، وعلى قول غيره الذى قال : يحلف الصانع [ق/ ١٥٠] ويأخذ الأقل ، يريد ويحلف أيضاً رب المتاع إن كانت التسمية أكثر من أجر المثل ؛ لأن يمينه تسقط [عنه] (١) ما زاد من التسمية على أجر المثل ، وأما إن كان ما ادعاه الصانع مثل أجر المثل فأقل فلا يمين على رب المتاع ، إذ لا تفيد يمينه شيئاً وإنما يحلف الصانع وحده ، وهذا بين فتدبره .

وإذا قال : دفعت إلى هذا الثوب لأصبغه لك ، وقال ربه : بل سرق منى ، فإن اختار رب الثوب أن يأخذ ثوبه ويعطى قيمة الصبغ نظر فإن كانت قيمة الصبغ مثل ما ادعى الصابغ أو كان ما ادعى الصابغ [أقل ودى ذلك رب الثوب ولا يمين عليه ، وإن كانت قيمة الصبغ أقل مما ادعى الصابغ] (٢) فإن رب الثوب يحلف ما دفعه إليه ويؤدى قيمة الصبغ ، وإن قال : أنا أريد أن أضمنه ولا آخذ الثوب ، فإن طاع [الصابغ] (٣) أن يعطيه قيمته أبيضاً فلا يمين على واحد منهما ، وإن أبى من ذلك تحالفاً وكانا شريكين فى الثوب ، هذا مذهب ابن القاسم .

وأما على قول غيره الذى قال : الصابغ مدع ، فيحلف رب الثوب أنه ما دفعه إليه ثم يلزم الصانع غرم قيمة الثوب جبراً على ما أحب أوكره .

وإذا قال اللتان : دفعت إلى هذا السوق لألته لك بعشرة ، وقال ربه : ما دفعت إليك شيئاً .

فهذا مثل قوله فى الثوب : سرق منى ، فإن اختار رب السوق أن يعطيه قيمة اللتان فكان قيمة اللتان مثل ما ادعاه اللتان وأدى ذلك بلا يمين ، وإن كانت القيمة أقل مما ادعى اللتان حلف صاحب السوق أنه ما دفعه إليه وأدى القيمة ، وإن لم يرد

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

رب السوق أخذه قيل للثلاث : ادفع إليه مثل سويقه أو أسلمه بثلثاته ولا يكونان شريكين فإن دفع إليه مثل سويقه فلا يمين عليه ، وإن أسلمه بثلثاته حلف لأن رب السوق يقول : أنا لا أرضى أن يكون سويقى ملتوتًا بسمن .

وقال أبو محمد بن أبي زيد في قوله في « الكتاب » : يغرم له مثل سويقه وإلا أسلمه بثلثاته أدى .

ابن القاسم : يريد إذا شاء ربه قبوله حين أسلمه إليه اللثات فإن أبي فله تضمينه ، قال : ويحتمل أن يكون معنى قول ابن القاسم : أنه لم يقر أنه دفعه إليه إيداعًا ولا لصنعة ، ففارق الصباغ الذي أقر أنه حوزه إياه بإيداع فصدق الصابغ ، إذ الغالب منهم أنه يدفع إليهم للصنعة ، ومسألة اللثات لم يقر صاحبها أنه [ج ٦٢/ق] أسلمه إليه .

قال عبد الحق : وإذا كان قبوله ملتوتًا لا يلزم ربه كما قال أبو محمد فكيف جاز له أن يقبله وهو يصير قد باع سوق وجب له غير ملتوت بسويق ملتوت ، فهذا التفاضل في الطعام ، ولهذا العلة منع غير ابن القاسم من قبوله إياه .

[وقيل] (١) : إذا امتنع رب السوق أن يعطيه ما لته به قضى على اللات بمثل سويقه غير ملتوت ، يريد ولا يجوز له أخذ [هذا] (٢) السوق الملتوت وأرى ابن القاسم إنما جوز قبول رب السوق له ولم يكن عنده كمن غصب سويقًا فله [بسمن] (٣) لأنه لا يجوز رضاه بالسويق الملتوت للتفاضل في الطعام كما قدمنا من أجل أن الكراء هاهنا لم يثبت لأن الصانع يقول : استعملني ، ألا ترى أنه يجوز له أن يعطيه ما ادعى من الأجر ويأخذه ولا يكون بيع الطعام بالطعام متفاضلاً لأن الصانع يقول : ما تعديت ، فليس كأمر علم فيه الكراء وثبت ، فلهذا جوز له ابن القاسم قبوله ، والله أعلم .

ولو قال صاحب السوق : أودعته لك ، وقال اللثات : أمرتني بثلثاته ، لكان

(١) في أ : وقال .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

القول قول اللتان عند ابن القاسم ، والقول عنده فى الآخر قوله إذا أتى بما يشبه تغابن الناس ويحلف وحده ، وإن [أتى بما لا] ^(١) يشبه حلفاً جميعاً وغرم صاحب السوق قيمة اللتان ، يحلف رب السوق ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه اللتان من الأجر ، ويحلف اللتان ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه صاحب السوق من التعدى ، وعلى قول غير ابن القاسم الذى قال : الصانع مدع ، يريد فى الأجر يحلف رب السوق إن كانت القيمة أقل ويغرم القيمة ، وليس له أن يضمه لأنه أقر أنه وضع يده عليه بخلاف قوله : سرق منى ، هكذا الجواب فى مسألة الثوب إذا قال صاحبه : أودعته لك ، وقال الصانع : بل استعملتنى وإذا قال الحجام : أمرتنى بقلع هذا الضرس ، وقال الذى استأجره : أمرتك بغيرها ، فعند ابن القاسم : القول قول الحجام فى طرح الضمان والأجر ، وعند غير ابن القاسم الحجام مدع فى الأجر والآخر مدع عليه ضمان ضرسه فيتحالفان ولا يعقل له ضرره ولا أجر [ق/١٥١] له على [المقلوع] ^(٢) ضرره ، هذا معنى قول غيره ، والله أعلم .

وقال سحنون : كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فيتحالفان ويكون للحجام أجر مثله ما لم يجاوز التسمية .

يريد سحنون : وإنما يتحالفان جميعاً إذا كانت التسمية أكثر من القيمة لأن يمين الحجام يرفع عنه حكم العداة ويوجب له التسمية ويمين الآخر يرفع ما زاد من التسمية على القيمة فأقل فلا معنى ليمين المقلوع ضرره إلا أن ينكل الحجام عن اليمين فيحلف الآخر ويسقط عنه الأجر .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(٣) : وإذا تحالفا كان المبتدأ باليمين الحجام لأنه بائع منافعه كالسلعة يختلفان فى ثمنها أن المبتدأ باليمين بائعها ، والله أعلم .

ومن جعل لرجل إن جاءه بعبده الآبق فله نصفه ، فقدم به فقبل أن يدفعه إليه هلك العبد ، فذلك جعل فاسد وللمجوعول له على الجاعل قيمة عنائه فى ذهابه فى

(١) فى أ : لم يأت بما .

(٢) فى أ : المقلوعة .

(٣) فى أ : شيوخ صقلية .

طلبه ، ونصف قيمة عنائه في رجوعه إلى وقت هلاكه ، وللجاعل على المجعول له نصف قيمة عبده يوم قبضه .

قال عبد الحق : إذا جعل لرجل عشرة دنانير في طلب عبده الأبق وجعل لآخر عرضاً فأتيًا بالعبد جميعاً ، فأما على قول ابن نافع ، فلهذا نصف العشرة ولهذا نصف العرض ، لأن كل واحد إنما [أتى] ^(١) بنصفه فله نصف ما جعل له ، وأما على قول ابن القاسم فيقوم العرض ، فإن ساوى خمسة دنانير ، فلصاحب العشرة ثلثا العشرة ويخير الآخر بين أن يأخذ ثلث العشرة أو يأخذ [ما نقص] ^(٢) ذلك من العرض وهو ثلثا ذلك العرض الذي جعل له ، كذا ينبغي أن يكون الجواب على مذهب ابن القاسم ، وقاله لى بعض القرويين .

اعلم أنه إذا قال له : احصد هذا الزرع ولك نصفه فحصده يخيران على دراسته ويقتسمانه حباً ، ولا يجوز لهما قسمة قتلاً لأنه خطر ويدخله التفاضل .

قال يحيى بن [عمر] ^(٣) عن ابن القاسم في « العتية » : وإذا أجره عليه بنصفه فحصده أو بعضه ثم تحرقه النار فهو منهما وعليه أن يستعمله في مثله [وإن حصد بعضه وبقي بعضه فله أن يستعمله] ^(٤) مثل ما بقى عليه .

قال سحنون : عليه قيمة نصف الزرع وليس عليه حصاد مثل نصفه .

[قال] ^(٥) يحيى بن عمر : لأن الزرع يختلف ، قال ابن القاسم : ولو قال : فيما حصدت فلك نصفه ، فضمن ما حصد منه وضمن ما لم يحصد من ربه ولا يتبع أحدهما الآخر بشيء ، ولو قال : احصده كله وادرسه وصفه ولك نصفه ، فهلك بعد حصاده فضمنه كله من ربه وللأجير أجر مثله لفساد الإجارة .

تم كتاب الجعل والإجارة بحمد الله وعونه .

(١) في أ : جاء .

(٢) في أ : ما يقابل .

(٣) في ج : يحيى .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
كتاب تضمين الصناعات

قال [عبد الحق : قال] ^(١) بعض شيوخنا من القرويين : قول غيره : يعطى الصانع بحساب ما عمل فى مسألة من دفع إلى حائك غزلاً ينسجه سبعة فى ثمانية فنسجه ستاً فى سبعة .

معناه : ينظر إلى أجر عمله على ما شورت ، وأجر مثله فيما عمل ، فيعرف ما بين ذلك فيسقط من المسمى ذلك المقدار .

قال عبد الحق : ورأيت لفضل بن سلمة : قال : ولو تعدى الحائك فزاد على الأذرع المشترطة عليه ، فأما على قول ابن القاسم الذى رأى النقصان من عدد الأذرع كالعيب إذ يقول : إنه إذا لم يرد تضمينه يعطيه الأجرة كلها ، فلا أجر له فى الزيادة ، وأما على قول غيره الذى يرى النقصان كنقص الطعام فى الاستحقاق ونحوه فيكون له أجر الزيادة ، أو قال : يكون شريكاً [بالزيادة] ^(٢) أشك أى ذلك ، قال : ولكن الذى يشبه أن يكون قال : يكون له الأجر فى الزيادة ، والله أعلم .

وأحفظ عن بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(٣) : قال : إن زاد على الأذرع المشترطة متعمداً فلا أجر له ، وإن قال : فعلت ذلك غلطاً ، كان له أجر المثل فى ذلك مع المسمى .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما لم يكونا شريكين عند ابن القاسم فى الذى غلط فأعطى المشتري ثوباً غير الذى باع منه ، وفى مسألة القصار ، وفارق ذلك حكم المشتري يخطط ثوباً ثم يستحق ، من أجل أن فى مسألة الغلط قبل أخذ الثوب شيء من التفريط ، وذلك أنه قصر إذ لم ينظر هل هو ثوبه أم لا ، والمشتري لا تفريط قبله ؛ لأنه إنما اشترى من سوق المسلمين بعوض بعد دفعه فهذا عذر ، ولهذا فرق ابن القاسم بين المسألتين ، والله أعلم .

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : فى زيادة .

(٣) فى أ : شيوخ صقلية .

وأما سحنون فقال بالشركة فى ذلك قياساً على ما قلناه من مشتر يستحق من يده ثوب قد أحدث فيه [ق/١٥٢] صنعة أو أرضاً فبناها ، ونحو ذلك لأن كل هؤلاء بسطوا أيديهم فى أملاكهم على ظنهم ولم يتعدوا ، فذلك شبهة فوجب لذلك إذا أبيا بما دعيا إليه أن يكونا شريكين ، وهذا أقيس ، والله أعلم .

قال عبد الحق : ذكر فى مسألة الغلط هذه إذا قطع الثوب أخذه أنه لا يغرم ما نقص القطع ، وقال فيمن اشترى ثوباً فقطعه ثم اطلع على عيب : لا يرده المشتري إلا بما نقص القطع إذا كان البائع غير مدلس بالعيب .

فالفرق بين ذلك : أن الذى وجد العيب قد كان قادراً على إمساك الثوب وأخذ قيمته العيب فاختر رده ، فلما كان الرد من قبله لم يرده إلا بما نقصه ، وفى مسألة الغلط ليس الذى قطعه مختاراً لرده بل تؤخذ من يده بالجبر ، فكان أعذر ، فلم يكن عليه ما نقص القطع لهذا ، والله أعلم .

ومن «كتاب محمد» : روى ابن القاسم وأشهب عن مالك فى الغسال [ق/٦٣ج] يخطئ فيدفع الثوب إلى غير [ربه] ^(١) ، فلبسه ، أن الضمان على الغسال دون اللابس ، إلا أن يلبسه عالماً .

وقال أشهب فى روايته : إذا لبسه الأيام فلا شئ عليه إلا أن يكون أبلاه .

وروى [عيسى] ^(٢) عن ابن القاسم فى «العتبية» قال : إن كانت قيمة الثوب الملبوس دينارين وقيمة الآخر [ديناراً] ^(٣) نظر كم كان ينقص ثوبه هذا الثانى لو لبس ذلك اللبس فى تلك المدة ، فإن كان ينقص نصف دينار وقد نقص من الملبوس دينار كان على اللابس الذى لم يلبس ثوبه نصف دينار والنصف الآخر على الغسال ، وإن كان الملبوس نقص أقل من نصف دينار فليس على اللابس إلا ذلك الأقل ، ولا شئ على الغسال ، وإن كان قيمة الملبوس ديناراً أو قيمة الذى لم يلبس دينارين

(١) فى أ : صاحبه .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : دينارين .

قيل: كم كان ينقص ثوب اللابس لو لبس ثوبه ؟ فإن قيل : نصف دينار ، وقد نقص الملبوس ربع دينار ، غرم ربع دينار إلى ما فوق ذلك فى القيمة ، مالم يجاوز نصف دينار فلا يغرم أكثر منه ، ولو لبسه وهو يعلم أنه غير ثوبه غرم ما نقصه قل أو كثر ولا شىء على الغسال إلا أن يكون اللابس عديماً فيتبع بذلك الغسال ذمة اللابس بذلك . وإن لبس كل واحد منهما ثوب صاحبه وهو يعلم واختلف نقصان ذلك ، رجع من له الفضل على صاحبه ، وإن لم يكن فى القيمة فضل فلا شىء لواحد منهما على صاحبه .

قال غير واحد من [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) : إنما يضمن الصناع إذا نصبوا أنفسهم للناس أخذوا أجراً أو لم يأخذوه ، وأما من لم ينصب نفسه للناس فعمل لرجل عملاً فإنه إن أخذ أجراً ضمن ، وإن لم يأخذ أجراً لم يضمن .

وقال غير واحد من شيوخنا القرويين : إن لم ينصب نفسه للناس سواء أخذ أجراً أو لم يأخذ ، لا ضمان عليه ، وفى « المستخرجة » بيان هذا فيمن باع ثوباً على أن يخطه فضاع ، قال : لا يضمن لأنه لم ينصب نفسه فهذا كمن أخذ أجراً لأنه باع الثوب والخياطة المشترطة عليه بالثمن فلم يضمنه .

قال عبد الحق : قوله : (إذا تجاهل الورثة ثمن السلعة وهى قائمة لم تفت يحلف ورثة المبتاع ثم يحلف ورثة البائع ، فبدا ورثة المبتاع) (٢) ليس هذا مخالف للبيعين بأنفسهما لو كانا حين ، بل لو كانا حين وتجاهلا الثمن كان الحكم أن يبدأ المشتري باليمين ، لأن اليمين عليه وهو المطلوب به فهو الذى ينبغى أن يبدأ أو السلعة أيضاً بيده بخلاف إذا كان كل واحد تحقق ثمناً ، فاعلم أن الورثة والبيعين بأنفسهما لو كانا حين الحكم فيهم سواء ، والله أعلم .

واعلم أن رواية ابن وهب : إذا اختلفا فى ثمن السلعة وقد قبضها المشتري أنه مصدق ، أقوى الأقاويل فى هذه المسألة ، وذلك أن السلعة إذا كانت بيد البائع فقد

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

(٢) المدونة (٤٠٥/٣) .

كان له أن يمسكها حتى يقبض الثمن وذلك من حقه ، فلما ترك ما كان له من ترك تسليمها حتى يقبض الثمن فقد رضى بأمانة المشتري فى الثمن ، فوجب تصديق المشتري ولا معنى لشرط حوالة سوقها بيد المشتري لأنها لو كانت بيد البائع وحال سوقها لم يكن ذلك موجباً لتصديق المشتري فى الثمن ، فكذلك إذا حال سوقها بيد المشتري ليس ذلك موجباً [ق/١٥٣أ] لتصديقه ، وإنما النظر فى تسليم البائع السلعة للمشتري أو كونها بيده ، وأعرف لابن عبدوس نحو هذا الاحتجاج لهذه الرواية .

قال عبد الحق : ووجه آخر : أن السلعة إذا كانت بيد البائع اختلف فى ضمانها إذا هلك ، هل يكون من البائع أو من المشتري ؟ فإذا قبضت زال الخلاف وضمنها المشتري باتفاق فوجب لحصولها فى ضمانه تصديقه فى ثمنها ، والله أعلم .

اعلم أنه إذا التقت لقيطاً لزمه أن ينفق عليه إذا لم يكن بيت مال ينفق عليه منه ، كمن التقت لقطعة وأراد ردها بعد أخذها أن ذلك ليس له ويلزمه تعريفها ، وكمن أعتق صغيراً لا يقوم بنفسه أن نفقته تلزمه ، وأحفظ نحو هذا عن بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(١) ومثله فى « كتاب ابن المواز » ونصه : قلت : أكون للتلقت المنبؤ أن يبدو له ويرده بعد [ما] ^(٢) أخذه ؟ قال : قال مالك : ليس له أن يطرحه بعد أخذه وعليه نفقته أبداً حتى يبلغ ويستغنى ذلك واجب عليه [الذي فى « كتاب ابن المواز » إنما ظاهره أنه أخذه على طريق أنه عليه ، ويكون [(*) فليس له ذلك لأنه قد التزم أن يكلفه فتلزمه نفقته كما ذكره مالك .

وقد حفظت عن بعض شيوخنا : إنما يصح على هذا ، لكن قوله : يلزمه إذا لم يكن بيت مال [^(٣)] .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(٤) ويدل من « المدونة » أن من أعتق من لا يقوم بنفسه عليه أن ينفق عليه .

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

(٢) فى أ : أن .

(٣) سقط من ج ، وفى كثير منه طمس .

(٤) فى أ : شيوخ صقلية .

(*) قدر كلمة بالأصل لم أثبتها .

مسألة: الأمة التي لها ولد رضيع حر إذا باع الأم يشترط رضاع الصبي ونفقته أمداً معلوماً ، وعلى أنه إن مات أَرْضِعَ له أخرى لا بد من هذا كله فلولا أن النفقة تلزمه لم يؤمر بشرط هذا في عقد البيع ، ألا ترى لو كان الولد مملوكاً وأمه حرة فباع الولد لم يكن عليه شرط نفقة أمه على المشتري لأن نفقتها على نفسها ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق في مسألة من اختلط له رطل زيت في رق زئبق : يحتمل أن يكون ابن القاسم إنما أتى جوابه فيها بخلاف جوابه في القمح المختلط بشعير لعله الزيت الواقع في الزئبق ، وإنما مثاله : لو وقع يسير من الشعير في كثير من القمح ، فينبغي أن يكون الجواب سواء في المسألتين إما أن يعطيه مثل الشعير الذي سقط له أو يأخذ مقدار ذلك من القمح المختلط كما قال في الزيت والزئبق ، وإن كان الزيت [والزئبق كثيرين] ^(١) يكون ذلك كمسألة القمح والشعير المختلط أن يحكم فيه [بيعه] ^(٢) والشركة في ثمنه ، وإن أراد أن يشتركا في عين الطعام بكيل كل واحد جاز ، وأما إن اشتركا بقيمة كل واحد فلا يجوز ويدخله التفاضل ويجوز بيعه جزأً وكيلاً ، وقد بينا هذه المسألة في كتاب الوديعة وأوضحناها هناك بأكثر من هذا . وبالله التوفيق .

تم كتاب تضمين الصناع بحمد الله وحسن عونه

(١) في أ : الزيت كثيرا والزئبق كثيرا .

(٢) في أ : بيع الجميع .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب المساقاة

قال عبد الحق : قول مالك : أحب إلى أن يلغى البياض للعامل وهذا أجله ، إن اعترض فيه معترض فقال : أليس قد ساقى النبي - عليه السلام - أهل خيبر على شطر ما أخرجت من حب أو ثمر^(١) ، فلم استحب مالك إلغاء البياض [للعامل]^(٢) ولم يستحب ما فى الحديث من كونه بينهما^(٣) ؟

فالجواب : أنه جاء فى حديث آخر أنه إنما ساقاهم النخل خاصة وترك لهم بياض النخل فاستحب مالك هذا ، إذ على كونه ذلك بينهما كراء الأرض بما يخرج منها فلما كان بإلغائه يسلم مما قلنا استحبه ولم يمنع من ذلك للحديث الذى رواه هو من أنه ساقاهم على شطر الثمر والحب ، هكذا حفظت عن بعض شيوخنا من أهل بلدنا قال : وقول ابن حبيب فى البياض إذا سكتا عنه كان للعامل ملغى إن كان يسيراً إنما يكون ذلك إذا كان بيعاً لنصيبه خاصة لا بيعاً لجملة الثمرة ، فأما إن كان بيعاً لجملة الثمرة ولم يكن بيعاً لنصيبه فلا يكون للعامل خاصة [ق/١٥٤] ويكون بينهما .

قال عبد الحق : وظاهر ما فى «كتاب ابن المواز» يقتضى أنه إذا كان البياض بيعاً لجملة الثمرة وسكتا عنه فهو للعامل خاصة ، وإنما يجوز فى البياض على قول ابن القاسم أن يكون بينهم للعامل فيه كتسميته فى الثمرة سواء ، هذا مذهبه .

وقال أصبغ : يجوز أن يشترط العامل ثلاثة أرباعه [*] [وإن كان فى الثمرة النصف ، قال : لأنه إذا [*] جاز أن يكون له كله كما جاز أن يكون له ثلاثة أرباعه]^(٤) ، وإنما الذى يكره أن يكون لصاحب الأصل أكثر من النصف .

قال ابن حبيب : وإن كانا اشتراطا أن يبقى البياض لرب الحائط خاصة يعمله

(١) أخرجه البخارى (٢٩٨٣) ومسلم (١٥٥١) من حديث عبد الله بن عمر رضى الله عنهما .

(٢) سقط من ج .

(٣) انظر «الموطأ» (٧٠٣/٢) .

(*) قدر كلمة لم أتبينها .

(*) قدر كلمة لم أتبينها .

(٤) سقط من ج .

بنفسه ، فإن كان يناله سقى الحائط إن كان الحائط يسقى لم يجز كاشتراط زيادة .

قال عبد الحق : قد تضمن ما قدمناه الحكم فى البياض إذا شرطاً كونه للعامل خاصة ولرب الحائط خاصة أو بينهما أو سكتا عنه ، وأما بياض الزرع فرأيت فى « كتاب ابن المواز » : إذا عجز عن الزرع فدفعه مساقاة وله بياض أنه مثل بياض النخل والشجر استحب أن يلغى للدخل وأجاز أن يشترط [ق/٦٤ج] كونه بينهما .

قال عبد الحق : وأحسب إنه جرى فى بعض مجالس شيوخنا أنه لا يجوز أن يشترط كونه بينهما ويدخله طعام بطعام إلى أجل ؛ لأنهما إنما يتاجران عند الطياب فلذلك ذكرت ما فى « كتاب ابن المواز » من جواز كونه بينهما وأراه غلطاً وقع ، أعنى ما ذكرت أنه جرى فى بعض المجالس ، والله أعلم .

وأما الزرع يكون فيه شجرات قلائل فلا يجوز أن يشترطها العامل لنفسه خاصة ، وإنما يكون بينهما حسبما اشترطاً فى الزرع ؛ لأن الزرع يجوز مساقاته للضرورة فقام مقام الثمرة وكانا كشىء واحد فلم يجر فى ذلك إلا أن يكون الشجر والزرع بينهما على جزء واحد على مذهب ابن القاسم وأما الزرع التابع للنخل ، فقال فى « كتاب ابن المواز » : يجوز فيه المساقاة وإن لم يعجز عن الزرع ربه إلا أنه صغير لم يحل بيعه وإذا كان الزرع كثيراً فيه النخل اليسيرة التى هى تبع للزرع لم يجز أن يدفع ذلك مساقاة حتى يعجز عن الزرع صاحبه فيكون سقاء واحد .

قلت : فإن كان فى الحائط موز وهو تبع يجوز مساقاته ؟

قال : نعم ، وقد قال مالك : لا بأس أن يساقى الحائط وفيه الشىء اليسير من الموز الثلث فأدنى .

قلت : أفيجوز فى الموز أن يكون بينهما ؟

قال : هو عندى مثل الزرع مع النخل إذا كان تبعاً للنخل ، ففى قول ابن وهب الذى رواه عن مالك : أنه لا يجوز إلا أن يكون للدخل وحده وفاته باكتراء الدار والأرض وفيها الزرع والنخل ، وقاسه ابن القاسم بالحائط الواحد يكون فيه أنواع من الشجر .

قال محمد : وقول ابن القاسم أحب إلى .

قال عبد الحق : قال بعض القرويين : إذا دفع حائطة مساقاة وفيه زرع ونخل ، فإن كان الزرع تبعاً للنخل فمساقاته جائزة وإن لم يعجز عنه صاحبه ؛ لأنه لما كان الزرع تبعاً فكأنه نخل كله ، وإن لم يكن الزرع تبعاً لم تجز مساقاته حتى يكون قد عجز عنه ، فإن نزل ذلك ولم يعجز عنه رد العامل في النخل إلى مساقاة مثله وكان في الزرع أجيراً تكون له فيه إجارة مثله ، ولو كانت النخل تبعاً للزرع ووقع جميع ذلك مساقاة ، فإن كان قد عجز عن الزرع جازت مساقاتها ، وإن لم يعجز عنه لما تجز المساقاة ، فإن نزلت المساقاة فيها رد الزرع إلى إجارة مثله ، لأن النخل لها كانت تبعاً للزرع جعل حكمها كحكم الزرع إذا كانت تبعاً فألغيت فكان الحكم للذي هو أكثر فكان في الجميع إجراء أجر المثل .

قال عبد الحق : وهكذا حكم الزرع وحده إذا ساقاه ولم يعجز عنه للعامل فيه إجراء أجر المثل .

قال ابن حبيب : ولو لم يطلع الزرع من الأرض لم تجز مساقاته عجز عنه ربه أو لم يعجز ، فإن نزلت المساقاة فيه فهو مثل الذي قد طلع ولم يعجز عنه أنه يكون له أجر المثل في ذلك .

قال في « المستخرجة » : إذا استثنى العامل البياض وزرعه فأصاب الحائط جائحة يكون على العامل كراء البياض .

قال سحنون : جيدة ، والحجة في ذلك : أنه لم يعطه البياض إلا على عمل السواد ، فلما ذهب السواد رجع عليه ببراء البياض .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : فإن اجتبح بعض الحائط ، نظرت فإن كان البياض تبعاً لما بقي من ثمرة الحائط فلا كراء عليه في البياض .

يريد : وإن لم يكن تبعاً فعليه من الكراء بقدر ما اجتبح من الثمرة إن اجتبح نصفها فعليه نصف كراء البياض أو ثلثها بثلث كراء البياض على هذا المعنى ، والله

أعلم [ق/١٥٥] .

قال : لا بأس بمساقاة حائط ببلد بعيد .

قال أبو محمد : يريد يصل إليه قبل طيبه .

قال بعض شيوخنا من القرويين : فإن تشاغل فى طريقه فلم يصل إليه إلا بعد

طيبه لم تفسد المساقاة ؛ لأن العقد وقع قبل طيب الحائط ، وليس هذا كالزرع يشتري على القطع فتأخر الأمر إلى طيبه لأن الحائط إذا عقدت فيه المساقاة كان القبض فيه والتأخر عند الطياب مؤخرًا ، وليس البيع فى الزرع والثمر كذلك إذا اشترى قبل بدو صلاحه ، فهذا مفترق .

وقال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) : وإذا كان لا يصل إلى الحائط

الغائب إلا بعد طيبه تجوز مساقاته على قول سحنون لأنك إن جعلت الحكم للعقد فهي مساقاة فى ثمر لم يبد صلاحه ، وإن جعلت الحكم حين الوصول فسحنون يجيز مساقاة ما طاب ، وقال : هى إجارة بنصفه .

قال غير واحد من [شيوخ] (٢) القرويين : إنما منع ابن القاسم من مساقاة ما

أزهى ولم يجعل ذلك كإجارة عليه ببعضه ، لأن عرف المساقاة أن لا يأخذ أحدهما شيئًا [إلا] (٣) إلى جذاذ الثمرة فكأن كل واحد شرط على صاحبه ألا يقاسمه وأن لا يتصرف فى نصيبه إلى حين القسمة عند الجذاذ ، وهو فى الإجارة لو شرط هذا لم يجز وإنما يجوز فى الإجارة عليه ببعضه إذا كان كل واحد منهما له أن يقاسم ويتصرف فى نصيبه [متى] (٤) شاء ، فإن اعترض على هذا بقوله فى كتاب الشفعة فى بيع أحد المساقين سهمه فقد أجاز ذلك والمشتري لا يقدر على الجذ ، فلعل هذا إنما سومح فيه لأنه لما وقعت المساقاة أولاً على بقاء الثمرة ووجب التأخير وكان هذا

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : بما .

محتاجاً إلى بيع نصيبه كان منعه من بيع نصيبه ضرراً فسمح فى ذلك لما قد يقع من الضرورة ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا استعملت العامل فى الحائط الدلاء والحبال التى شرطها فتلفت بالاستعمال فهى عليه فى المستقبل لا على رب الحائط ، وليس ذلك كالدابة تهلك ، وهلاك الدابة إنما هو كمثل ما لو سرقت الدلاء والحبال فهانها جعلها على رب الحائط ، لأن الدلاء والحبال إنما ينتفع بها حتى تستهلك أعيانها وليست الدابة ينتفع بها باستهلاك عينها ، فليس يشبه موت الدابة ذهاب الدلاء والحبال بالاستعمال ، والله أعلم .

وذكر أن غيره يخالفه فى هذا ويرى المسألتين سواء ، [فاعلم] (١) .

قال عبد الحق : الفرق بين المساقاة والقراض إذا اشترط فى ذلك معونة رب المال : أن فى المساقاة يكون العامل على مساقاة المثل ، وفى القراض له أجر [المثل] (٢) [لا] (٣) قراض المثل أن ذلك فى القراض أشد فى الفساد [إذ صارت] (٤) يده مع [يده] (٥) العامل يتصرف ويبيع ويغيب على ذلك فصار القراض كأنه فى يده لم يسلمه للعامل ولا رضى أمانته ، وفى المساقاة التمر فى رؤوس النخل لا يغاب عليه وأيديهما على الثمرة فليس لرب المال بينونة بشئ من الثمرة ولا عينه عليه فكان ذلك أخف فى المساقاة فلم يجعل أجيراً وكان له مساقاة [المثل] (٦) .

وقول سحنون : إذا جاز اشتراط غلام رب الحائط جاز اشتراط [عونه] (٧) بنفسه للعامل ليس الأمر كذلك ، لأنه فى اشتراط عون رب الحائط كأنه لم

(١) فى أ : والله أعلم .

(٢) فى أ : مثله .

(٣) فى ج : إلا .

(٤) فى أ : إذا صار .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : مثله .

(٧) فى أ : عون رب الحائط .

يسلم [إليه] ^(١) [الحائط] ^(٢) ولا رضى أمانة العامل للنظر الذى له معه ، وإذا شرط غلامه فقد انقطع نظره هو وسلم الحائط [ورضى] ^(٣) ، فهذا مختلف ، والله أعلم .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(٤) : وعلى قول ابن القاسم لو كان رب الحائط هو الذى اشترط أن يعمل مع العامل فى الحائط فهاهنا يكون أجيراً لأنه لم يسلم الحائط إليه ، بخلاف مسألة « الكتاب » : إذا كان العامل هو الذى اشترط أن يعمل معه رب الحائط ، لأن هذا حق للعامل يقدر على إسقاطه ، وإذا كان رب الحائط هو الذى اشترط هذا فالعامل لا يستطيع إسقاط ذلك فلم يصح التسليم إليه وائتمانه عليه .

قال بعض شيوخنا من القرويين فيمن انهارت بثره فدفع حائطه مساقاة إلى جاره يسوق مائه إليه وكراهية ابن القاسم لذلك [وقوله: ^(٥) لولا أجازته مالك ، ليس يعنى أنه يسوق فضل مائه لأن فضل الماء [ق/٦٥ج] يأخذه عند ابن القاسم بلا ثمن ، فلو كان كلامه على فضل الماء لم يقل : ولولا إجازة مالك لذلك لكرهته .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(٦) : ما كان يرجع فيه العامل إلى مساقاة المثل يكون أولى بالثمن من الغرماء فى الموت والفلس حتى يأخذ حقه ، وكذلك فى القراض إذا كان يرجع فيه إلى قراض المثل .

يريد : وأما ما يرجع فيه إلى أجر المثل فلا يكون أولى بذلك من الغرماء فى القراض فى موت ولا فلس ، وأما فى المساقاة فيكون أولى بذلك فى الفلس حتى يأخذ أجرته ، وهو فى الموت أشد الغرماء فكذا ينبغى ، والله أعلم .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : شيوخ صقلية .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : شيوخ صقلية .

قال غير واحد من [شيوخنا] (١) : ما كان يرجع إلى مساقاة المثل أو إلى قراض المثل يقسم ما لم يعمل العامل فإذا عمل ترك [ق/١٥٦أ] وأما ما يرجع فيه إلى أجر المثل فيفسخ عمل أو لم يعمل .

قال عبد الحق : ورأيت لابن حبيب خلاف هذا ، قال : ما كان من القراض يرد فيه إلى قراض المثل أو أجر المثل فهو مفسوخ عمل أو لم يعمل ، وأما في المساقاة فما يرد فيه إلى مساقاة المثل لا يفسخ بعد العمل وما يرد فيه إلى أجر المثل فهو الذى يفسخ قبل العمل وبعده ، وهذا [كله] (٢) مذكور فى كتاب القراض .

قال بعض القرويين فى [مسألة] (٣) من أخذ حائطاً على النصف فدفعه على الثلثين : معنى هذا أن المساقى الثانى لم يعلم أن الأول إنما أخذ الحائط على النصف فلذلك [أجيزت] (٤) ويرجع الثانى على الأول بمثل سدس الثمرة ، وأما لو علم الثانى أن الأول إنما أخذ الحائط على النصف فسدت المساقاة الثانية وكان للعامل الثانى أجر مثله والأول على مساقاته ، وإنما أفسد بالمساقاة إذا علم لأنه كأنه ساقاه على حائط على نصف ثمرته وعلى مثل سدس ثمرته يدفعها إليه من غيره ، وليس هكذا مساقاة المسلمين .

قال غير واحد من [شيوخنا] (٥) : إذا أعطاه نخلًا لم تبلغ حد الإطعام مساقاة وهى تبلغ حد الإطعام فى بعض الأمد الذى ضرباه ، فإن استفيق لذلك قبل بلوغها حد الإطعام ، فسح ذلك وللعامل نفقته وإجارة مثله ، وإن لم يستفيق لذلك حتى بلغت الإطعام ، لم تفسخ المساقاة بقية المدة ووجب للعامل فى باقى المدة مساقاة المثل .

قال عبد الحق : مثال هذه المسألة : مسألة من طابت ثمرته فدفعها مساقاة ثلاث

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : مساقاة .

(٤) فى أ : أجيز .

(٥) فى أ : شيوخ صقلية .

سنتين أنه في السنة الأولى يكون أجيراً وتفسخ ما لم يعمل في السنة الثانية [فإن عجل في السنة الثانية] ^(١) فيتمادى ويكون له في السنين مساقاة المثل .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما قال في المساقى إذا وجد سارقاً : لا يردده بذلك .

وقال في كتاب الجعل والإجارة في أجير العمل يوجد سارقاً : إنه يرد بذلك .

لأن المساقى إنما السقاء في ذمته لا في عينه ، ألا ترى أن ذلك يلزم من ماله إذا مات بخلاف أجير الخدمة فكان كبائع السلعة بثمن إلى أجل يجد المشتري عديماً أنه على الذمة دخل فلا حجة له ، وأما أجير الخدمة فإنما اشترت منفعة بعينه فذلك كسلعة اشتراها فوجد بها عيباً أن له ردها ، والله أعلم .

تم كتاب المساقاة بحمد الله وحسن عونه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الجوائح

قال عبد الحق : اضطرب إذا اجتبح [أول بطن من بطون] ^(١) المقناة هل يستعجل التقويم فيما بقى من البطون الآن على ما جرى من عرف عاداتها أم يستأنى [بها] ^(٢) حتى يجنى جميع بطونها ؟

وأصوب القولين فى ذلك عندى الاستثناء حتى يجنى جميع بطونها ولا يرجع إلى الاجتهاد فى أمر يعلمه حقيقة ويشاهده عياناً ولا حجة لمن احتج بأن البائع قد يفلس إن تربصنا ؛ لأن التفليس أمر طارئ وغير متحقق .

[واعلم] ^(٣) أن من باع ثمرته على ألا جائحة عليه البيع جائز والشرط باطل على قول مالك ، [ومثل] ^(٤) ذلك من باع جارية مثلها تواضع على شرط تلك المواضعة أن البيع جائز والشرط باطل ويحملان على المواضعة والوضع فى الجائحة على قسمين :

فقسم يراعى فيه الثلث ، وقسم توضع الجائحة فيما قل منه وما كثر ، فمثل النخل و الشجر ونحو ذلك مما له أصل ثابت يراعى فيه الثلث وما كان من البقول مثل السلق والبصل والفجل ونحو ذلك فيوضع ما قل وما كثر ، وذلك لأن آفة هذه الأشياء من عدم الماء وفساد الأرض ، هكذا رأيت لبعض البغداديين وأما أبو بكر الأبهري فقال فى « شرح كتاب ابن عبد الحكم » : إنما وضعت الجائحة فيما قل وما كثر ، وذلك فى هذه الأشياء التى قدمنا لأنه لا يوصل إلى مقدار ثلث ذلك لأنه يخرج أولاً فأولاً فليس يكاد يضبط قدر ما يذهب منه ، أعنى : الثلث - فوجب أن

(١) سقط من ج .

(٢) زيادة من أ .

(٣) فى أ : فاعلم .

(٤) فى أ : ومثال .

يوضع قليل ذلك وكثيره .

قال أبو بكر الأبهري : وقد قال : إنه لا يوضع شيء من ذلك ، ووجه هذا القول : أن المشتري يقدر على قطع ما اشتراه في الحال وليس لبياضه وقت يتوقع كما يكون في الثمرة فلما فرط مشتري البقل في أخذه مع قدرته على ذلك فقد فرط فليس يرجع على البائع بشيء .

وقد قال : يراعى في ذهابه الثلث كالثمر ، وهذا القول هو الصحيح .

اعلم أن ثمر [ق/١٥٧] المساقاة إذا اجتنيح فإن كانت الجائحة أقل من الثلث سقى الجميع ولا كلام للعامل كانت الجائحة شائعة أو منفردة ، فأما إن كانت الجائحة تبلغ الثلث فصاعداً نظرت ، فإن كانت منفردة ، سقط عنه سقى المجاح خاصة ، وليس له رد ما بقى لأن حكم الجائحة في البيع ألا يرد ما بقى من الثمرة ، وإن ذهب أكثرها بخلاف الاستحقاق وإن كانت الجائحة شائعة فهو مخير إن شاء سقى الحائط وإلا ترك جميعه ، وإنما خير إذا كانت الجائحة شائعة لأنه إن حط عنه السقى مقدار الجائحة أضر ذلك برب الحائط في شجره ولا يصلح أن يلزم السقى فيسقى ما لا ينتفع به فوجب لذلك تخييره بين سقى الحائط [كله] ^(١) أو تركه .

ذكر عن أبي محمد وأبي الحسن أنهما قالا : إنما يكون السارق جائحة عند ابن القاسم إذا كان سارقاً لا يعرف بعينه ، فأما لو عرف السارق لأتبعه المبتاع بقيمة ما سرق له ألفاه ملياً أو معدماً ولا يكون حيثئذ جائحة يرجع بها على البائع .

قال عبد الحق : الفرق بين اشتراط المشتري لما أزهى من [الثمرة] ^(٢) أنه لا يفترق أن تكون الثمرة تبعاً للأصل أو غير تبع [أنه] ^(٣) لا جائحة في الثمرة ، وبين مكترى الدار يشترط ثمرة فيها إنما كانت غير تبع للكراء وقد طابت حين العقد

(١) زيادة من أ .

(٢) في أ : الثمار .

(٣) في أ : لأنه .

[فيها الجائحة] (١) أن ثمرة الأصول المبيعة [مكونة] (٢) عن الأصول متولدة منها فكانت في حكم التبع لما هي منه والثمر المضاف إلى كراء الدار لم تضاف إلى ما هو متكون عنه ومتولد منه فلم تكن في حيز التبع إلا أن يكون يسيراً .

تم كتاب الجوائح بحمد الله وحسن عونه .

(١) في أ : أن الجائحة فيها .

(٢) في أ : مكونة .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
كتاب كراء الرواحل

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا ابتاع عبداً أو اكرى راحلة بعينها صفقة واحدة فماتت الراحلة ، يفترق إن كانت الراحلة وجه الصفقة أو لا حسب ما يستعمل في البيوع إذا اشترى سلعتين فاستحقت إحدهما أو وجد [ق/٦٦ج] بها عيب ، وكما قال فيمن اكرى حمامين فانهدم أحدهما فراعى وجه الصفقة من غيره ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : ولو اشترى العبد بدنانير وبكراء راحلة بعينها يركبها البائع فهلكت الراحلة قبل أن يركب البائع شيئاً أو بعد ركوبه شيئاً [يسيراً] ^(١) من المسافة والبائع للعبد ثمن عبده شيان دنانير وكراء راحلة ، فإذا لم يصح له كراء الراحلة رجع بما يخصها من قيمة العبد إن كان قائماً أو في عينه إن كان قائماً على الاختلاف في ذلك فعلى أصل قول ابن القاسم إنما يرجع بحصاص ذلك ثمناً ، كان العبد قائماً أو فائتاً [لضرر الشركة] ^(٢) [وإنما قول] ^(٣) غيره يرجع بحصاص ذلك في عين العبد إن كان قائماً كمسألة من باع عبداً بثوين فاستحق أدنى الثوين أو وجد به عيباً .

ومثال هذه المسألة أيضاً : مسألة من باع نصف ثوبه على أن يبيع له المشتري في النصف الآخر شهراً فيبيعه بعض الشهر فتدبر ذلك تجده صحيحاً إن شاء الله .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما لم يجز [مالك] ^(٤) الكراء والبيع بالدنانير المعينة الغائبة إلا بشرط ضمانها إن تلفت إذا كانت السلعة شرط قبضها ؛ لأنه يصير كنقد في غائب تصير الدنانير الغائبة كسلعة اشترت بسلعة حاضرة ، فإذا شرط قبض الحاضر فذلك كنقد في غائب ، كذا وقع لابن المواز ونحا إلى أنه تفسير

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : وقال .

(٤) سقط من أ .

لما فى « المدونة » لا خلاف .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا اكرت راحلة بخيار يوم أو يومين وعجل النقد بغير شرط لا يجوز ذلك على مذهب ابن القاسم ، لأنه إذا اختار إمضاء الكراء [صار] (١) ما نقد بغير شرط دينًا فكأنه [أخذ ممن له عليه دين] (٢) ركوب راحلة إلى بلد ، وذلك على مذهب ابن القاسم [وروايته] (٣) غير جائز ، ويجوز على مذهب أشهب ، وقد ذكرنا أصل هذا فى غير هذا الموضوع ، وأوضحنا اطراده فى مواضع .

قال بعض شيوخنا من القرويين : تفرقه بين مسألة الراحلة المكتراة تقيل فى الطريق وبين العبد يمرض فى مدة الإجارة ، إنما المسألتان مفترقتان لاختلاف السؤال ، وذلك أن سؤال مسألة الأجير فى الحضر ومسألة الدابة فى السفر ولو كانت الدابة فى الحضر أو الأجير فى السفر لكانت المسألتان سواء جوابهما واحد ، فاعلم ذلك .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا اكرت دابة يومًا فحبسها شهرًا [ق/١٥٨] ، وربها حاضر ، فهلك الدابة ، لا يضمنها على قول ابن القاسم ، وإن كان يجب عليه كراء المثل فيها لا على حساب ما أكرها ؛ لأن ربها قد كان يقدر على أخذها ولم يته المكترى فلم يحصل من المكترى عداء .

يريد : وأما على قول غيره الذى يرى عليه فيما حبسها بحساب ما اكرت لكون ربها حاضرًا فذلك [أبين] (٤) فى رفع ضمانها وأوضح [فاعلم ذلك] (٥) .

قال عبد الحق : اعلم أن المكترى إذا جاوز المسافة بقليل أو كثير يضمن بخلاف الزيادة على الحمل هاهنا يراعى إن زاد ما يعطى فى مثله أولاً .

والفرق بين ذلك : أن مجاوزته الأمد تعد كله ، وزيادة الحمل اجتمع فيه تعد

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : فسخه فى .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : بين .

(٥) سقط من أ .

وإذن ، فإذا كانت [زيادة] ^(١) لا تعطب في مثلها لم يدر موتها من الإذن أو من التعدى ومثل [هذا رأيته] ^(٢) [لابن حبيب] ^(٣) .

قال عبد الحق : فإذا اكتراه ليحمل عشرة [أقفزة] ^(٤) فحمل أحد عشر قفيزاً فإن أكمل العشرة أقفزة وحمل القفيز منفرداً لم يحمله معها ، فهذا يضمن الدابة وإن كان القفيز لا يعطبه في مثله كالزيادة على المسافة لأنه تعد صريح بخلاف إذا حمل القفيز مع غيره فيما أذن [له] ^(٥) فيه ، وكذلك الذى [يستأجر] ^(٦) ثوراً على أن يطحن شيئاً معلوماً فيزيد عليه [تعدياً] ^(٧) بعد [فراغ ما] ^(٨) أذن له فيه ، هذا يضمن وإن كان لا يعطب في مثل ذلك الذى زاد لأنه يعد كله كزيادته على المسافة ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أكرى دابة ليحمل عليها حمل مثلها من شئ معلوم ، فحمل عليها ربها شيئاً مع ذلك ، نظرت فإن كان المكترى حمل أقل من حمل المثل فكراء ما حمل ربها عليها المكترى وإن كان قد حمل عليها حمل المثل فكراء ذلك لرب الدابة وقد كان للمكترى منعه لكنه قد استوفى شرطه وما هو له من الحمل فلا يأخذ كراء ذلك .

قال عبد الحق : قوله : (إذا اكترى الدابة ليحمل عليها شيئاً فحمل ما هو أضر فهلك أن له كراء فضل الضرر إن شاء) ^(٩) معنى ذلك أن يقال : كم يساوى كراء مثل الذى عاقده عليه ؟ ، فيقال : عشرة ، ويقال : ما كراء مثل الذى حمل على الدابة مما هو أتعب والوزن واحد ؟

(١) زيادة من أ .

(٢) فى أ : ذلك رأيت .

(٣) فى أ : لعبد الملك بن حبيب .

(٤) فى أ عبر « بالمد » بدلاً من « القفيز » .

(٥) زيادة من أ .

(٦) فى أ : استأجر .

(٧) سقط من أ .

(٨) فى أ : فراغه مما .

(٩) المدونة (٤٩٦/٣) .

فيقال : اثنتى عشر ، فبين عشرة واثنتى عشر سدس فيكون لرب الدابة إن ترك تضمينه كراؤه كاملاً الذى عاقده عليه بما بلغ ويكون له سدس كراء مثل الذى حمل على الدابة مما هو أتعب ؛ لأن الكراء مرة قد يكون غالباً أو رخيصاً ، وقد يتغابنان ولا يتغابنان ، وقد يكون كراؤه الذى عقد عليه هو أقل تعباً مثل كراء الذى حمل على الدابة مما هو أتعب ، ونحو هذا التفسير رأيت لفضل بن سلمة .

قال ابن حبيب : معنى إجازة مالك فى الحمل والمحمل ، للمكترى أن يكرىها فى مثل ذلك إنما هو إذا كان رب الدابة معها يتولى سوقها والخط عنها والحمل عليها ، فأما لو كان إنما يسلمها للمكترى فيتولى سوقها [لنفسه] ^(١) فذلك مثل ركوبها بسرجهما وله منعه من الكراء من غيره فى الحمل ، لاختلاف سوق الناس ورفقتهم ، [إلا] ^(٢) أن يكون المكترى ممن لا يتولى سوقها بنفسه قد علم ذلك المكبرى ، وإنما يرسلها مع عبده أو أجيره أو من يكفيه ذلك فلا حجة للمكبرى فى منعه أن يكرىها من غيره فى مثل حملها ؛ لأنه قد علم حين أكرامها [إياه] ^(٣) أنه هو لا يتولى سوقها .

قال عبد الحق : ذكر فى اختلاف المتكاريين ثلاث أسئلة :

فالسؤال الأول : ذكر فيه اختلافهما فى المسافة فقط .

والسؤال الثانى : اختلف فى المسافة و[فى] ^(٤) الكراء .

والسؤال الثالث : اختلف فى الكراء فقط .

وإنما يتتفع المكبرى بانتقاده فى مسألة الاختلاف فى المسافة ، وفى مسألة الاختلاف فى المسافة ، والكراء جميعاً ، وأما فى مسألة اختلافهما فى الكراء فقط فلا يتتفع المكبرى إن كان انتقده ، لأنه إذا بلغ المسافة فالمكبرى يدعى زيادة فعليه البيان

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) زيادة من أ .

فيها ، فلا معنى للنقد فيها .

وقول غيره في مسألة الاختلاف في الكراء فقط : ليس المعين كالمضمون .

يريد : أن المضمون [يتفاسخان]^(١) فيه ، وعند ابن القاسم لا يتفاسخان في المضمون ويبلغان المسافة التي اتفقا عليها ، وشبه المضمون إذا قبض كالمعين ، ولو كانت الراحلة المضمونة قد هلكت لاتفق جواب ابن القاسم وغيره أنهما يتفاسخان ؛ لأن المكترى لم يجز شيئاً [هو]^(٢) في يده فيصدق من أجله فهو مدع لانشغال ذمة المكري ، فلا يصدق .

وقول غيره في المسألة [ق/١٥٩] فقط وكان ذلك قبل الركوب أو بعد ركوب شيء [كثير]^(٣) أن الحمال إذا انتقد فالقول قوله ، كمن قال : بعثك بهذه المائة التي قبضت منك مائة أردب إلى سنة ، وقال المبتاع : بل اشتريت بها منك مائتي أردب إلى سنة ، وكان ما قال البائع يشبه أن القول قوله والمشتري مدع [عليه]^(٤) ، ليس بجامعه ابن القاسم على هذا النضير ، بل مذهب ابن القاسم [فيه]^(٥) : أن يتحالفا ويتفاسخا إذا اختلفا بقرب عقد السلم ، فاعلم ذلك .

واعلم أنهما وإن اختلفا في المسافة [أو المسافة]^(٦) والكراء إذا لم يبلغ أدنى المسافتين ووجب تصديق المكري في المسافة لا بد أن يركبه إلى أدنى المسافتين ولا تفسخ ما بقى من أدنى المسافتين ، وهكذا حفظت عن بعض [ق/٦٧ج] شيوخنا في سائر ما قدمت في اختلاف المتكاريين .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كراه على حمل طعام فادعى ضياعه ويعلم يقيناً أنه لم يبلغ الموضع الذي كراه ليوصله إليه مثل أن يدعى ضياعه ،

(١) في أ : يفاسخا .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : يسير .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ج .

قبل أن يخرج إلى الموضع ، أو قبل أمد يبلغ في مثله ولا بينة له على ذهابه فلا يضمن مثله في موضع ضاع ، وإنما يضمن المثل في الموضع الذي يوصله إليه إذا أمكن أن يكون وصل إلى الموضع بالطعام أو ذكر بعد وصوله [أنه قد ذهب] (١) ، قال : وغيرى يخالفنى فى هذا ويرى أن ذلك سواء ، وليس بصواب .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٢) : إذا كراه على حمل طعام وهو معه ثم ذهب عنه فى بعض الطريق فادعى المكترى ضياع الطعام نظرت فإن كان صاحبه ذهب على أنه لا يعود إليه كمرض أصابه ولا يرجى أن يدركه ونحو ذلك فإنه يضمن وإن كان ذهب ليدركه ويرجع إليه فلا ضمان على الحمال ؛ لأنه إذا كان لا يعود رجع إلى أصل الضمان وخرج عن باب الأمانة وصار مضطراً إليه فيه ، وهذا كقوله فى الإكراء : إذا بلغوا المسافة وحازوا العروض حيازة الرهن ليقبضوا كراؤهم أنهم يضمنونها ، فكما كان هؤلاء فى الأصل لا يضمنون فيه لهم إلى الضمان لقبضهم إياها وحيازتهم لها كذلك فيما ذكرنا ، وإن كان لا يضمن بذهاب رب الطعام وحوز هذا له وانقطاع ربه عنه يضمن ، فالمسألان سواء فى الانتقال عن الحكم الأول إلى حكم ثان ، والله أعلم .

وحكى عن الشيخ أبى الحسن فيمن دفع طعاماً بالساحل إلى صاحب مركب بكيله ويدفعه إليه وينصرف عنه فيوسقه رب المركب بغير [حاضرة ربه] (٣) فإذا جاء وقت الإقلاع ركب معه رب الطعام : أن رب المركب ضامن لما نقص من الطعام لأنه قد غاب على الطعام ولو لم يدفعه رب الطعام حتى أوصله إلى المركب ثم غاب فأتى وقت الركوب فركب معه فلا يضمن رب المركب ، كمن سحب طعامه ثم تخلف عنه فى الطريق لأنه لم يسلمه إلى الحمال من أول ما حملة .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : شيوخ صقلية .

(٣) فى أ : حضور رب الطعام .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كان فى الطعام الذى كراه عليه زيادة ، وكان الحمال هو الغالط بالزيادة والحامل فوق المشترط عليه فأراد [رب] (١) الطعام أخذ الطعام ودفع الأجر فله ذلك ، وإن شاء فله مثل الطعام بالبلد الذى حمل الطعام [منه] (٢) ، وهذا بخلاف من غصب طعاماً فحملة إلى بلد آخر فأراد ربه أخذه ودفع أجر الحمل [هذا] (٣) لا يجوز لأنه يصير بيع طعام ودراهم بطعام ، وفى مسألة الحمال الطعام إنما حملة لربه لم يحملة لنفسه فلم يكن كبيع طعام ودراهم بطعام ، فاعلم .

تم كتاب كراء الرواحِل بحمد الله وحسن عونه .

(١) فى أ : صاحب .

(٢) فى أ : فيه .

(٣) فى أ : فذلك .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب كراء الدور والأرضين

اعلم أنه إذا كان السواد تبعاً للأرض المكترة لا يجوز مساقاته وكراء الأرض في صفقة [واحدة] (١) لأن ذلك مساقاة وبيع ، وإن كانت الأرض هي التبع ، لم يجز أيضاً كون السواد بينهما وكراء الأرض في صفقة ، وإن كانت الأرض النصف والسواد النصف لم يجز كراء الأرض على أن يكون السواد للمكترى ملغى ولا بينهما ولا مساقاة الثمر على أن تكون الأرض ملغاة ولا يكون الزرع بينهما ، ولا يجوز في هذا إذا كانت الأرض النصف والسواد النصف جمع ذلك في صفقة وإنما يكرى الأرض على حدة ويساقى السواد على حدة ، فتدبر ذلك .

قال بعض شيوخنا من القرويين : معنى ما جرى له إذا شرط المكترى على المكري في كنس المراحض .

إنما يريد بذلك : كنس ما يتكون بعد عقد الكراء [ق/ ١٦٠] وأما ما كان يوم عقد الكراء في المراحض فهو على المكري شرط عليه أم لا ولا محيص له [من] (٢) ذلك كما لو كان في أحد البيوت التي أكرى شيئاً أن عليه إزالته وتفريغ البيت للمكترى وكذلك المراحض ، فاعلم .

قال غير واحد من شيوخنا في مسألة المرأة تنكح وهي في دار بكراء ، قول غيره : عليه الأقل من كراء المثل أو ما اقتصرت به ، يريد : عليه الأقل من ثلاثة أوجه : من كراء مثل الدار ، أو من كراء مثل ما ينبغي أن يكون على الزوج للزوجة ، أو المسمى الذي اقتصرت به المرأة .

وحكى عن الشيخ أبي الحسن في مسألة المرأة هذه ، قال : إن كانت هي التي دعت الزوج إلى الدخول بها في دارها أو في دار هي فيها بكراء ولم تذكر له أنها تغرمه كراء فلا يلزمه شيء من الكراء ، وإن لم تكن هي التي [دعت الزوج] (٣) إلى

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : عن .

(٣) في أ : دعت .

الدخول عندها [و] (١) هو الذى اختار ذلك فيلزمه كراء الدار التى هى فيها بكراء أو كراء دارها بعد أن تحلف : ما أسكتته إلا [لتأخذ] (٢) منه الكراء .

قال عبد الحق : انظر هذه المسألة ومسألة كتاب العدة إذا كانت المعتدة فى مسكن بكراء فطلبت الزوج بالكراء بعد تمام المدة ، قال : إن لها [كراء] (٣) ذلك إن كان موسراً حين سكنت .

قال بعض الأندلسيين : معنى هذه المسألة عندى على أنها إنما اكرت المسكن بعدما تزوجها ، وأما إن تزوجها وهى فى بيت بكراء فقد قال فى كتاب كراء الدور : لا كراء على الزوج إلا أن يكون يثبت له أنها تسكن بكراء ، وإن لم يكن هذا معنى المسألة فهو تناقض من قوله ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا شرط على المكترى أن لا يوقد تنوراً فأوقد فاحترقت دور جيرانه ضمن ، لأن أصل هذا [كسب] (٤) فعل لا يجوز له ، وإن كان مما يجوز له لولا الشرط الذى شرط عليه .

مثال ذلك : قوله فى الذى يحفر بئراً فى داره للسارق : إنه يضمن ما سقط فيه من سارق وغيره وإن كان [حفره للبئر جائزاً] (٥) [يريد :] (٦) فى داره لكن لما فعله للسارق ضمن السارق وغيره ، لأنه فعل ما لا يجوز له ، فاعلم .

قال عبد الحق : هدم بعض الدار المكتراة على ثلاثة أوجه : أما إذا انهدم ما لا يضر [به] (٧) شيئاً كالشرفات ونحو ذلك فهذا لا كلام فيه للمكترى ولا يسقط من

(١) فى أ : بل .

(٢) فى ج : لآخذ .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : سبب .

(٥) فى أ : حفر البئر جائز .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من ج .

الكراء من [أجل ذلك] ^(١) شيء ، وأما إن انهدم شيء يتنفع به المكترى وليس فيه كثير مضرة عليه فها هنا يسقط من الكراء قدر ذلك كاستحقاق اليسير من المبيع ، وأما إن كان الذى انهدم [مما] ^(٢) فيه ضرر كثير فللمكترى رد الدار ، وإن شاء سكن وأدى جميع الكراء ، وأما إن أراد أن يسكن ويؤدى بحساب ما بقى سالماً فلا يجوز وإن رضى له المكرى بذلك ؛ لأن ما يخص ذلك مجهول ولو انهدمت الدار كلها وبقيت قاعة فقال المكترى : أنا أؤدى جميع الكراء وأنتفع بالقاعة على حالها فله ذلك وليس للمكرى منعه ، وهكذا حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين فيما وصفته .

قول غيره فيمن أسكنته دارك ثم طلبته بالكراء فادعى أنك أسكنته باطلاً ، عليه الأقل من دعواك أو كراء المثل بعد أيمانكما وإنما يحلف الساكن إذا كان كراء المثل أقل مما يدعى رب الدار ؛ لأن عينه توجب المثل وتبقى التسمية التى يدعى رب الدار ، فأما إن كان كراء المثل مثل التسمية أو أكثر منها فلا معنى ليمين المكترى ، وإنما يحلف رب الدار فقط ويأخذ التسمية التى ادعاها ، فاعلم .

اعلم أن النقد فى كراء الأرض على ثلاثة أوجه :

فأما أرض المطر فلا يلزمه أن ينقده حتى يتم زرعه .

وأما أرض النيل أو المأمونة من أرض المطر كأمّن النيل [ق/٦٨ج] فينقده إذا

رويت .

وأما أرض السقى التى تزرع بطوناً فينقده عند ابن القاسم كلما سلم بطن أعطاه ما يقع له ، وعند غيره [عليه] ^(٣) حصة أول بطن ، يريد : إذا روى ، وكذلك البطن الثانى وما بعده أعطاه إذا روى كراؤه ولا فرق بين الأول وغيره فى جواب الغير ولا فى جواب ابن القاسم ، فاعلم ، وهكذا قال بعض شيوخنا من القرويين .

قيل لابن القاسم فى « كتاب ابن المواز » : إن اكترى أرضاً ثلاث سنين بمائة

(١) فى أ : أجله .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : ينقده .

دينار، كم ينقده للسنة الأولى ؟

قال : ثلث المال ولا ينظر إلى اختلاف الكراء على تشاح الناس إنما ذلك في الدور ؛ لأن ذلك معروف فيها وأرض المطر لا يعرف ذلك فيها ، قد يأتي المطر في عام أكثر من آخر ويأتي في عام ولا يأتي في آخر .

قال بعض القرويين : فإن قيل : فإن في باب بعد هذا فيمن اكرى أرضاً ثلاث سنين [ق/ ١٦١] فغارت بثرها أو انقطعت عينها بعد سنة أنه ينظر ما يلزمه في السنة التي عمل فيها على قدر الغلاء والرخص فقليل : هذه بخلاف أرض المطر لأن البثر والعين معروف ماؤهما وتشاح الناس فيهما والعطب فيهما إنما هو حادثة فهما أشبه شيء بالدور وأرض المطر لا نعرف ذلك منهما .

قال غير واحد من القرويين في الأرض المكتراة يذهب أمد الكراء وفي الأرض شجر فيها ثمر : إن كان الثمر غير مؤبر لم يجبر رب الأرض على بقاء الغرس وله أن يكلف المكتري قلع الشجر ، وإذا كان الثمر مأبوراً عند تمام الأمد جبر على بقاءه وعليه قيمة الكراء لأنه إن كلفه القلع أضرب به في فساد ثمرته عليه .

قال عبد الحق : قول غيره : إذا صالح رب الأرض على بقاء الغرس عشر سنين على أن له نصف الشجر بتلاً لا يجوز وهو فسخ دين في دين .

قال أبو محمد في «مختصره» : يريد غيره لأنه لما كان له أن يعطيه قيمة الشجر مقلوعة فكأنه أكرى منه بقاء نصف الشجر التي بقيت للمكتري في الأرض بالقيمة التي وجبت له عليه في نصف الشجر الذي أسلمه إليه فصار كراء الأرض بدين لك على رب الأرض .

وقال بعض الأندلسيين : إنما يدخله الدين بالدين ، لأن رب الأرض كان له أن يعطيه قيمتها مقلوعة فكأن المتكاري تحول من تلك القيمة إلى نصف الشجر يكون بيده عشر سنين ثم يكون رب الأرض مخيراً عليه فيها أيضاً فلم يبن بالنصف الذي تحول إليه بينونة تامة ، هكذا رأيته لبعض العلماء .

قال : وإن شئت قلت : لما كان له أن يعطيه قيمتها مقلوعة فكأنهما اصطلاحاً

على أن يقبض رب الأرض نصف الشجر بدلاً بنصف القيمة ، ويتحول المتكاري مما وجب له في ذلك إلى نصف الأرض و يكون بيده عشرة أعوام يعمل فيها النصف الذي بقي له من الشجر فصار ذلك بمنزلة من اكرت أرضاً من صاحبها بدين وجب له قبله ، فتدبر ذلك تجده صحيحاً إن شاء الله .

وقال أيضاً في الذي يكتري الأرض عشر سنين على أن يغرسها على أن الثمرة للغارس فإذا انقضت المدة فالشجر لرب الأرض، في قول سحنون ، ويدخله بيع الثمر قبل بدو صلاحه ، ويدخله أيضاً كراء الأرض بالثمر إنما يدخله بيع الثمر قبل بدو صلاحه فيما أرى ؛ لأن رب الأرض لما صارت له الشجر أخيراً فكأنه باع ثمرتها في العشر سنين بالثمن الذي صار على المتكاري في الغروس ويعمله فيها إلى انقضاء المدة ، وأما القول : (ويدخله كراء الأرض بالثمر) فلم أجد له معنى إلا أن تكون المدة تنقضي وفي الشجر طلع فيأخذه رب الأرض مع الشجر فكأنه أكرى منه أرضه المتكاري في الغروس وهذا الطلع ، والله أعلم :

قوله في أرض السقي التي تكتري على الشهور والسنين : (إذا تمت المدة وله فيها زرع أخضر ليس لرب الأرض قلعه وعليه تركه إلى تمامه وله فيما بقي كراء مثلها على حسبما أكرها منه) .

قال بعض شيوخنا من القرويين : معنى هذا أن يقال : كم يساوى كراء المثل في السنة الثانية ثم ننظر إلى الأمد الذي ترك المكتري فيه زرعه إلى تمامه كم مقداره من ذلك ؟

فإن كان الربع ، فله فيه ربع المسمى ، أو الخمس فله خمس المسمى فهذا معنى كراء مثلها على حساب ما أكرها ، والله أعلم .

قال عبد الحق : رأيت لبعض القرويين قال : انظر الأرض غير المأمونة إذا اكرتت بعبد بعينه أو بعرض وهي مما لا يجوز [اشتراط] ^(١) النقد فيها أن الكراء لا يجوز ، لأن شرط النقد يفسد الكراء ، وإن اشترط بقاء العبد أو العرض إلى أن

(١) سقط من ج .

يحصد الزرع صار قد أكرى أرضاً بشيء بعينه لا يقبضه إلا إلى أجل وإنما ينبغي أن يكرى منه هذه بالعين أو بشيء مضمون فى ذمة إلى أجل ينقضى أجل الكراء قبله ، ولو اكرتت هذه بأصل دار أو أرض لا تقبض إلى أجل [انقضاء] (١) الكراء لجاز لأن الدار آمن من الحيوان [والرقيق] (٢) .

قال عبدالحق : هذا كلام فيه نظر ، وذلك أن السلعة الغائبة غيبة لا يجوز فيها النقد يجوز شراؤها بالعين والعرض وتكون العروض موقوفة لا يشترط نقدها ، فإذا جاز هذا ولم تكن العروض الموقوفة كأنها شيء بعينه اشترى لا يقبض إلى أمد بعيد وجاز هذا لضرورة غيبة الغائب ، فكذلك لا يجوز فيما وصفنا إذ الأرض غير المأمونة لا يصح جواز النقد فيها بشرط [ق/١٦٢أ] فما الفرق بين المسألتين ؟ بل هما سواء ، والله أعلم .

قال بعض الأندلسيين فى قول غيره : إذا أكرى مائة ذراع من أرض وإن استويت الأرض لا يجوز حتى يسمى الموضع .

إنما لم يجزه غيره لأن من قول أصحاب مالك أن من باع من رجل ثوباً من ثوبين صفتها [واحدة] (٣) أو قيمتهما واحدة على أن يضربا عليهما بالقرعة فأيهما خرج أخذه المشتري : إن ذلك لا يجوز لأن المبيعة فى هذا ليست كالقسمة وينبغي أن يكون [الكراء] (٤) فى هذا كالبيع [فيكون حينئذ] (٥) المتكاريين كأنهما تخاطرا ، لأنهما إن تشاحا ولم يتفقا ودعوا إلى القسمة بالقرعة والتعديل لم يكن ذلك لهما ، وهذا رأيته لبعض العلماء ، وهو كلام صحيح [المعنى] (٦) إن شاء الله .

قال : إذا أعطيته أرضك ليزرعها بحبه على أن له طائفة أخرى من أرضك

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) زيادة من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى تقديم وتأخير .

(٦) سقط من ج .

ليزرعها لنفسه [لا يجوز] (١) .

قال بعض شيوخنا من القرويين : فإذا نزل ذلك وزرع الأرض [كان الزرع] (٢) للذى دفع إليه الأرض ويعطيه كراء عمله ، ولا يكون الزرع للعامل بخلاف الشركة الفاسدة فى الزرع .

يريد : لأن هذا إنما زرع لغيره ، فلذلك كان الزرع لغيره وفى الشركة الفاسدة قد زرع لنفسه ولغيره ؛ فلذلك كان الزرع للعامل على قول ابن القاسم .

وقال لى غيره : بل يكون الزرع لمتولى العمل كمسألة الشركة الفاسدة سواء لأن البذر غير مقبوض إذ هو فى يد العامل فلا يكون الزرع لرب الأرض ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : قول غيره : لا يجوز أن يضمنا حملانه فى مسألة الحمال يفلس فيضمن الغرماء حملان المكترى ، [إنما هذا الخلاف] (٣) بين ابن القاسم وغيره إذا كانت الإبل المكتراة معينة فرأى ابن القاسم أن ضمانهم لحملانه يجوز لضرورة التفليس [الحادثة] (٤) ، ومنع غيره من ذلك ، وأما إن كان الكراء مضموناً فيجوز أن يضمنا حملانه بلا اختلاف من ابن القاسم وغيره ، ألا ترى أن الحمالة بالمضمون تجوز فإذا جازت الحمالة جاز تحوله على الغرماء والحمالة بالمعين لا تجوز ، فكذلك لا يجوز [تحويله] (٥) على الغرماء ، فاعلم .

تم كتاب كراء الدور والأرضين بحمد الله وحسن عونه .

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : فالزرع .

(٣) فى أ : إنما هو بخلاف .

(٤) فى أ : الحادث

(٥) فى ج : تحوله .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب القراض

قال الليث : كان القراض فى الجاهلية فأقر ، وصار سنة فى الإسلام ، وقد عمل به عمر وعثمان وصدر الأمة [ق / ٦٩ ج] واتبع فيه خلف الأمة سلفها ، وهو كالذى سن الرسول ﷺ فى المساقاة سواء ، وذلك مستخرج بالرخصة من الإجارة المجهولة وكاستخراج [بيع] ^(١) العرية ، والشركة فى الطعام والتولية ، والعمل به جائز على ما جرى من سنته ما لم يتغير ذلك بفساد عقد أو شرط فيخرجه عن حد رخصته ، وإذا خرج عن سبيل ما ينبغى فمن ذلك ما يرد فيه المقارض إلى أجر المثل ومنه ما يكون له فيه قراض المثل ، والأصل فى ذلك أن [كل] ^(٢) زيادة أو منفعة اشترطها أحد المتقارضين هى للمال وداخله فيه ليست خارجة عنه ولا خالصة لمشترطها فهو يرد إلى قراض مثله ، وكل زيادة أو منفعة اشترطها أحدهما لنفسه خارجة من المال خالصة لمشترطها فهو يرد إلى [أجر] ^(٣) مثله ، وكل خطر وغرر تعامل به خرجا به من سنة القراض الجائز فهو يرد إلى أجر مثله ، فعلى هذه الثلاثة معان يجرى القراض الفاسد على مذهب [قول] ^(٤) مالك فى رواية ابن القاسم عنه ، وفى هذا الأصل تنازع كثير .

قال ابن المواز : وكل ما يكون فيه أجيراً من القراض الفاسد فهو أسوة الغرماء فى الموت والفلس ، وقاله ابن القاسم .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(٥) : وأما ما يرد فيه إلى قراض المثل وما كان فى المساقاة يرد إلى مساقاة المثل فهو أولى بما فى يديه من الغرماء فى الموت و[الفلس] ^(٦) ،

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : كان .

(٣) فى أ : إجارة .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : شيوخ صقلية .

(٦) فى أ : التفليس .

لأن حقه فى عين المال ولو تلف لم يكن له شىء ، وأما ما يكون فيه أجيراً فأجرته ثابتة على رب المال وإن تلف المال .

قال عبد الحق : وما كان فى المساقاة يكون فيه أجيراً فينبغى أن يكون أولى بثمر الحائط فى الفلس وهو فى الموت أسوة الغرماء بأجر مثله .

قال أبو محمد بن أبى زيد : ورأيت لسحنون فيما يكون له إجارة مثله ويكون فيما عمل بعد ذلك على قراض مثله ثم [أفلس] ^(١) رب المال ، قال : فالعامل أحق بما فى يديه فى الموت والفلس حتى يأخذ أجر مثله ، ولم أروه .

قال ابن حبيب : وكل قراض فاسد مما يرد فيه العامل إلى قراض مثله أو أجر مثله فإنه [ق/١٦٣] يفسخ متى ما عثر عليه قبل العمل وبعده ، وأما المساقاة الفاسدة فإنها تفسخ قبل العمل كانت مما يرد فيها [العامل] ^(٢) إلى مساقاة مثله أو أجر مثله ، وإن [أدركت] ^(٣) بعد العمل وكانت يرد فيه العامل إلى مساقاة مثله لم تفسخ وإن كان يرد فيها إلى أجر مثله فسخت وأخذ العامل أجرته فيما عمل ، كذلك [سمعت] ^(٤) أهل العلم يقولون .

قال عبد الحق : وحفظت عن غير واحد من [شيوخنا] ^(٥) خلاف هذا فيما يرد فيه إلى مساقاة المثل وقراض المثل أن ذلك سواء إذا عثر عليه بعد العمل لم تفسخ .

قال عبد الحق : دافع العروض قراضاً على وجهين : إما أن يجعل رأس المال عرضاً مثله فالأسواق لا تبقى على أمر واحد فلا يدرى أيجده بمثل الثمن الذى باع به العرض المدفوع إليه أو بأقل أو بأكثر ويجعل رأس المال ثمن العرض فيصير قد شرط عليه زيادة وهو بيع عرضه وذلك منفعة ، وبنحو هذا علل مالك وجه ذلك وأبانه فى «الموطأ» بياناً واضحاً على نحو ما قلناه ، وأما مسألة عبد العزيز إذا قوما العرض

(١) فى أ : فلس .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : أدرك .

(٤) فى أ : سمعنا .

(٥) فى أ : شيوخ صقلية .

بقيمة فقد قال فيها أبو محمد - رحمه الله : يظهر لى فى مسألة عبد العزيز أنه إن كان قصدا إلى أن يعمل بالثمن ويكون ما قامت به عليه رأس المال عند مفاصلتهما أنه أجبر فى كل شىء لأنها زيادة مشترطة إما لرب المال أو للعامل بخلاف القراض بالعرض لا يرتب له ثمنًا ، وهذا على أصل ابن القاسم ، وأما عبد العزيز فيرى فى كل قراض فاسد أجرة مثله .

قال عبد الحق : وذكر لى بعض القرويين أن ابن وهب فى « موطئه » ذكر قول عبد العزيز هذا ، وقال إياه مالك ، فجعل ابن وهب على قول مالك أن القراض بالعروض سواء رتب له ثمنًا أو لم يرتب يكون له أجر المثل فى بيع العرض وقراض المثل فى الثمن ، والذى قال أبو محمد من اختلاف الوجهين صواب بين ، والله أعلم .

قال ابن حبيب : إن قال له : بع هذا العرض واعمل به قراضًا ، فباعه بعرض ثم باع العرض الثانى بعين وعمل به [قراضًا] .^(١) فرأس مالهما الأكثر من قيمة العرض الأول أو من ثمن الثانى وله أجره فى بيعه العرض الأول لا فى الثانى ولو قال له : خذ هذا العرض قراضًا .

والمسألة بحالها كان رأس المال قيمة العرض الأول وله أجره فى بيعه الأول ولا ينظر إلى ثمن العرض الثانى ولا قيمته لأنه داخل فى تجارة قراضهما .

قال أبو محمد بن أبى زيد : إنما له أجره فى الأول عندى إذا أجاز بيعه إياه بالعرض واختار ثمن الثانى ، إذ هو أوفر من القيمة ، وأما إن اختار قيمة الأول إذ هى أوفر فلا أجر له لأنه تعدى وأما قوله : إن دفعه إليه قراضًا فرأس المال قيمة الأول .

فإنما يعنى عندى : إن باع الثانى بأكثر من قيمة الأول ، فأما لو باعه بمثل قيمة الأول أو أقل لم يضمن شيئًا وكان رأس المال ما باع به الثانى .

(١) سقط من ج .

قال بعض [شيوخنا] (١) : إذا قارضه على الثلاثين ولم يبين لمن الثلاثين فقال العامل : كان نيتي أن يكون الثلاثان لى ، وقال رب المال : إنما نويت أن يكون الثلاثان لى ، فالقول قول العامل ويحلف على ما نوى ، فإن نكل فالقول قول رب المال مع يمينه بمنزلة إذا تداعيا لفظًا ، ولذلك مثل ابن القاسم المسألة بالتداعى لفظًا .

وأما ابن المواز فقال : إن أشبه أن يكون الثلاثان للعامل [فهو له ، وإن أشبه أن يكون لرب المال كان له ، وإن أشبه أن يكون] (٢) الثلاثان لهما فذلك للعامل ويحلف إن ادعاه ، فذلك خلاف لما فى « المدونة » ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما فرق فى « المدونة » بين المتوجه إلى أهله وبين الماضى فى حاجة يأخذان مالا قراضاً فى توزيع النفقة لأن الماضى إلى أهله لابد له من السير إليهم والحاجة فقد يكفأها وقد يبذله عنها فذلك مفترق ، وأما الماضى للحج أو الغزو فهو ماض فى عمل بر لم يقصد بطلب [التجارة] (٣) فلم يكن له نفقة .

قال عبدالحق : وأيضاً فإن الماضى إلى الحج إذا دخل فى الإحرام لم يقدر على حله فيصير متوجهاً من أجل نفسه والماضى إلى الغزو أيضاً إذا حصل بأرض العدو لا يستطيع رجوعاً والماضى إلى أهله ينفد إليهم فى الأغلب وذهابه واجب عليه من أجلهم ، فليس ذلك كخروج إلى حاجة يجوز أن يكفأها أو يبذله فيها أو يجدها قبل خروجه ونحو هذا من الأمور الموجبة للجلوسه .

قال عبدالحق : اعلم أن المقارض إذا صبغ الثياب بمال من عنده ، الخلاف فى ذلك بين ابن القاسم وبين غيره فى ثلاثة مواضع :

أحدها : أن ابن القاسم يرى إن دفع إليه رب المال ما أدى كان على القراض ، وغيره يرى أن ما دفع إليه رب المال لا يكون على القراض ولكن يكون له شريكاً

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : الحاجة .

فيقسم - على قول غيره - الربح [ق/ ١٦٤] على رأس المال وعلى قيمة الصبغ فما صار منه لرأس المال كان على شرطهما ، وتكون قيمة الصبغ وما صار لها من الربح لرب المال ويكون للعامل أجر مثله فيما تولى من ذلك .

والوجه الثاني: الذى يخالف الغير فيه : إن لرب المال ألا يعطيه شيئاً وأن يضمه قيمة الثياب ، وابن القاسم لا يرى له تضمينه .

والوجه الثالث : أن ابن القاسم يقول : إذا لم يدفع إليه كان شريكاً بما أدى ، وعند غيره إذا لم يضمه ولا أعطاه شيئاً يكون شريكاً فى الثياب بقيمة الصبغ من قيمة الثياب لا بما أدى ، فاعلم ذلك . [ق/ ٧٠ ج] .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أجر رب المال المشتري بالثمن فإن كان ذلك مقدار رأس المال وما يخص رب المال من الربح فأقل من ذلك جاز ، وإن كان أكثر من ذلك طرح [الزيادة] ^(١) ولم يجز فيه ما صنع ؛ لأن ذلك إذا كان مثل ما يجب لرب المال فأقل منه [متى استزده] ^(٢) فلا كلام للعامل ويتفصلان إن شاء [العامل] ^(٣) حيثنذ ، ولو كان العامل إنما باع بخلاف جنس رأس المال مثل أن يكون رأس المال دنائير فيبيع بدراهم أو بعرض لم يجز تأخير رب المال ، فاعلم ذلك .

قول غيره : إذا قارض أجيره ليس الأجير كالعبد ولا يجوز .

قال بعض الأندلسيين : أراه إنما فرق بين الأجير والعبد ؛ لأن الأجير إذا شغله بالقراض خفف عنه بعض ما استأجره له فيكون ذلك التخفيف بمنزلة زيادة يشترطها العامل على رب المال ، والله أعلم .

قال بعض القرويين فى قول ابن القاسم : إن كان الأجير مثل العبد فذلك جائز، لعله يريد : مثل أن يكون استأجره ليجيئه بالغلة ولم يؤقت عليه ما يأتيه به إنما استأجره ليتجر فى السوق ويخدم فى التجارة فمثل هذا إذا قارضه فلم ينقله من عمل

(١) فى أ : الزائد .

(٢) فى أ : كأنه شىء استزده .

(٣) سقط من أ .

إلى خلافه بل بقاءه على العمل وأحسن إليه بجزء من الربح ولو كان عملاً بعينه مثل البناء والقصارة فنقله إلى التجارة لكان كما قال سحنون ، والله أعلم .

قال عبد الحق : ذكر ابن مزين فى كتابه فى «تفسير الموطأ» فى مسألة (من دفع) (١) لرجل مالاً قراضاً على النصف ثم دفع مالاً آخر إليه قبل اشتغال الأول على الثلث على أن يخلطهما أن ذلك جائز ؛ لأنه يرجع إلى حساب معلوم .

وتفسيره : لو قارضه بمائة على النصف ومائة على الثلث ، فإن ربح قسم الربح على سبعة أسهم فللعامل ثلاثة أسهم ولرب المال أربعة أسهم ، هكذا فسر ابن مزين .

قال الشيخ أبو الحسن بن القابسي - رحمه الله : الذى وقع له فى هذه المسألة غلط ؛ لأنه شرط نصف ربح النصف وثلث ربح النصف الآخر فربح أحد النصفين مقسوم على ثلاثة فلا بد من ضرب ثلاثة فى اثنين فيكون ستة نصفها مقسوم على اثنين لا يصح ، فيضرب ستة فى اثنين لا يصح ، فيضرب ستة فى اثنين فيكون اثني عشر نصفها ستة مقسوم على اثنين للعامل أحدهما وهو ثلاثة ونصفها الآخر وهو ستة مقسوم على ثلاثة للعامل أحدهما وهو سهمان مع الثلاثة التى تقدمت صارت خمسة أسهم من اثنتى عشر سهماً ولرب المال ما بقى وهو سبعة أسهم .

قال عبد الحق : إذا أخذ مالاً قراضاً ليشتري به سلعة معينة فهذا على وجهين : إما أن يأخذ المال قبل أن يشتري السلعة ، [أو يأخذه بعد اشترائه السلعة ليدفعه لبائعها منه] (٢) فأما إن كان أخذه قبل أن يشتري السلعة نظرت فإن [كان] (٣) لم يسمها له ولا بائعها وإنما قال له : وجدت سلعة رخيصة تباع فأعطني ما أشتريها به ، فهذا وجه جائز لا فساد فيه ، وأما إن قال له : تشتري سلعة فلان فهذا لا يجوز ويصير كأنه أخذ قراضاً على أن لا يشتري إلا سلعة فلان [بعينه] (٤) فإن نزل ذلك غرم مثل المال

(١) فى أ : الدافع .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

الذى قبض والسلعة له ، فهذان وجهان قبل شراء السلعة [هكذا حفظت عن بعض القرويين ، إذا قال له اشترى سلعة فلان ، وترك ذلك يؤدي مثل الذي قبض ، والسلعة له ، وأراه غلط ، وإنما يجب فى مثل هذا القراض أجيراً ، وهكذا فى «كتاب ابن المواز» ونصه : إذا قال : إني وجدت سلعة فأعطني مالا قراضاً أشتريها . لم يكن بذلك بأس ، وقد فعل عثمان بن عفان ذلك ، قال محمد : وإنما خيف ذلك عندنا حين لم يسم له الرجل ، ولم يسم له السلعة ، ولو أنه سمي له السلعة وسمى صاحبها لم يكن فيه ضير ، وكان العامل بذلك أجيراً ، فهذا الذي ذكر محمد هو الصواب ، وإنما يصح أن يغرم مثل المال الذي قبض إذا كان اشترى السلعة ولم يتعد فيها ، يقال له : إني اشتريت سلعة من فلان فأعطني مالا قراضاً أنقده فيها ، فهذا إذا [] (*) تكون السلعة له وعليه غرم مثل المال الذي قبض ، فاعلم أن الأمر مختلف إذا كان ذلك قبل شراء السلعة أو بعد اشترائه على ما قدمناه ، فاعلم [(١)] .

فأما إن كان قد اشترى السلعة نظرت فإن أخذ منه المال ولم يعلمه بذلك وصح ولم يكن لغلاء جاز ، وإن كان لغلاء غرم رأس المال والسلعة له ، وأما إن عرفه بأنه يدفع ما أخذ منه فى ثمن السلعة التى [اشترى] (٢) فلا يجوز ذلك ، وإن نزل [ذلك] (٣) فإنما عليه رأس المال الذى قبض والسلعة له ، فهذان وجهان بعد الشراء على ما قدمته ، ونحو هذا حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين .

إذا أخذ مالا قراضاً على ألا يبيع إلا بالنسيئة فباع بالنقد ، فإن كانت السلعة قائمة خير بين أن يعجز البيع أو يرده ، فإن رده دفع إلى العامل أجر مثله فى شرائه ولا أجرة [له] (٤) فى بيعه ، وإن اختار إمضاء البيع كان للعامل أجر مثله فى الشراء والبيع بالغ ما بلغ ، وإن لم يفتن لذلك إلا بعد فوت السلعة عند المشتري فإنه بالخيار فإن ضمنه قيمة السلعة للعامل أجر مثله فى شرائه ، وإن شاء أخذ الثمن وكان للعامل أجر مثله فى شرائه وبيعه ، هذا الذى يجري على مذهب ابن القاسم ، والله

(*) قدر كلمة لم أثبتنها بالأصل .

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : اشتراها .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

أعلم .

قال عبد الحق : وإذا اشترى العامل أبا رب المال أو أبا نفسه وهو عالم ، يفترق ذلك فيما يغرمه العامل فأما فى أبى رب المال فلا يغرم إلا الثمن الذى اشترى به ، وإن كان فيه ربح فله نصيبه منه ولا ينظر إلى قيمة الأب الساعة إن كان فيه فضل ؛ وأما فى شرائه أبا نفسه فيغرم العامل رأس المال وحصه ربه من الربح الآن إذا كان فيه فضل لأن رب المال ممن تملك أبا العامل فله الحجة فى ربح إن كان فيه ولا يملك أبا نفسه فلم تكن له حجة فى ربح إن كان .

وقوله : (يغرم الثمن إذا اشترى أبا رب المال) وقوله فى العسر : (يباع قدر رأس المال وحصه رب المال من الربح ذلك سواء) إنما يعنى أن الثمن الذى اشترى [به] (١) كان فيه فضل يوم اشترى فلا فرق بين العسر واليسر فى ذلك ، فاعلم .

وهذا معنى ما حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين .

قال بعض القرويين : وإذا اشترى العامل أبا نفسه وهو يعلم أو لا يعلم وفيه فضل ولا مال له وقد اشتراه بمائة وهو يساوى مائة وخمسين ، فينبغى أن يباع منه لرب المال مقدار رأس ماله مائة ويكون نصف ما بقى مملوكًا لرب المال ، والنصف الآخر يكون حرا على العامل ، ويصير كشقص فى عبد بين رجلين أعتق أحدهما مصابته ولا مال له سواء .

قال عبد الحق : إن قيل : لم إذا قال : قبضت المال منك وديعة وقد ضاع ، وقال دافعة : بل قراضًا ، يكون القول قول الدافع .

وإذا قال : قبضت الثوب منك وديعة وقد ضاع ، وقال دافعه : بل رهنا ، فعليك قيمته ، أن الدافع لا يصدق وفى كلا المسألتين القابض يبرئ نفسه من الضمان؟

فالفرق بين ذلك - والله أعلم - : أن الثوب قد اتفقا أنه [لربه] (٢) وأن

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : لرب الثوب .

القابض غير مالك له فلا اجتماعهما أنه لم يحصل ملكا للقابض لم يقبضه ، والدنانير دافعها يقول: قد قبضتها ملكا لك ، والآخر ينفي ملكها ليزول عنه ضمانها فكان مدعيا في رفع الضمان منهما فيه ، والله أعلم .

قال عبدالحق: ذكر لى بعض القرويين أن الشيخ أبا الحسن قال: إذا قال العامل: ما فى يدى من المال ربح إلا أنه حصتى خاصة ، وقد دفعت إليك رأس المال وحصتك من الربح ، أن القول قول العامل بخلاف مسألة « الكتاب » : أنه إذا قال : ما فى يدى ربح وهو بيننا ؛ لأن هذا أقر أن حق رب المال باق والآخر لم يقر له بشئ ، يريد : وهو مصدق [فى دفعه] ^(١) إذا كان [قد] ^(٢) قبضه بغير بينة .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا وهب المقارض أو حابى فى بيعه يجوز فى حصته وينفاصلان فى الوقت إذا ليس له أن ينقض مال القراض ، وإن كانت السلعة التى وقع ذلك منه فيها جميع المال وتفاصيلا أيضاً ، ولا يلزم ابن القاسم إنكار سحنون فى هذه المسألة ومسألة كتاب الشركة .

قال : وإذا باع أحد العاملين من صاحبه بيعاً حابى فيه والمالان لرجل واحد فينظر فإن خسر جميعاً أو ربحاً فلا حجة لرب المال [لأن رب المال] ^(٣) إنما تقوم له الحجة إذا خسر الذى حابى ؛ لأنه يقول : لو كان معه ذلك الشئ الذى حابى به لم يخسر ، فإذا كان صاحبه الذى حوى قد خسر أيضاً سقطت حجة رب المال ، وكذلك إن ربحا كما قلنا ، فإن خسر أحدهما وربح الآخر فإن كان الذى ربح [هو] ^(٤) الذى حابى ، فلا كلام لرب المال ، وإن كان الآخر الذى ربح والذى حابى خسر فهاهنا لرب المال تضمينه ، وإنما أصل هذا ما تعلقت فيه المضرة على رب المال يكون له [ق/٧١ج] فيه متكلم ، وإذا سقطت صحته فيما قدمنا فلا كلام له ، هكذا حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين ، فتأمل ذلك [ق/١٦٦أ] .

(١) فى أ : لدفعه .

(٢) زيادة من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشركة

الشركة على ضربين : شركة [بالمال] ^(١) ، وشركة بالأبدان ، وأصل ذلك فى كتاب الله - عز وجل - فشركة الأموال فى قوله تعالى : ﴿ فَأَبْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ ﴾ ^(٢) الآية ، وأما شركة الأبدان فقوله : ﴿ وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِّن شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ ﴾ ^(٣) ، فالأربعة أخماس للغائمين يقسم بينهم ، وهم إنما نالوا ذلك بعمل أبدانهم .

قال عبد الحق : الفرق بين شريكى المال : أن افتراقهما فى موضعين جائز ، وبين شريكى عمل [البدن] ^(٤) أن افتراقهما فى موضعين غير جائز : إن شريكى المال قد حصلت بينهما الشركة فيه وصار بينهما وهو الذى يجر الربح وبسببه يكون فلم يلتفت إلى افتراقهما ، وأما شريكا البدن إذا افتراقا فقد صار كل واحد منهما مستبدًا بما يعمل فلم يحصل بينهما شركة ، فافترق الحكم لهذا ، والله أعلم .

واعلم أنه إنما لا تجوز شركة ذوى صنعتين متى كانا يعملان [بأبدانهما] ^(٥) فأما إن كانا يتجزان فى [صنعتين] ^(٦) بأموالهم فذلك جائز .

وكذلك رأيت لأشهب فى «كتاب ابن المواز» قال : لا بأس أن يخرجوا مالا [متساويا] ^(٧) على أن يعقد هذا بزازًا وهذا قطانًا .

واعلم أن اللذين يشتركان على أن يتداينا ويتحمل كل واحد منهما بصاحبه فى

(١) فى أ : بالأموال .

(٢) سورة الكهف (١٩) .

(٣) سورة الأنفال (٤١) .

(٤) فى أ : الأبدان .

(٥) فى أ : بأيديهما .

(٦) فى أ : صنعتين .

(٧) فى أ : يتساويا فيه .

سلعة غائبة أو حاضرة مجتمعان في شرائها إنما تجوز حمالة كل واحد منهما بصاحبه إذا كانت أنصابهما متفقة ، فأما إن كانت أنصابهما مختلفة مثل أن يكون لأحدهما الثلث وللآخر الثلثين لم يصلح أن يضمن الذي له الثلث إلا مثل ما يضمن عنه صاحبه لا أكثر .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) في الشركة بالذمم إذا نزلت فاسدة :
إنما يكون ما اشتريا بينهما إذا كان قد اجتمعا في شراء ذلك ، فأما إن افترقا فما اشترى كل واحد [منها] (٢) كان له وعهده عليه خاصة .

وقال غيره من شيوخنا : بل يكون ما اشتريا بينهما ، وإن لم يجتمعا في ذلك ؛ لأن كل واحد منهما إنما اشترى بإذن صاحبه .

ورأيت في « كتاب حمديس » قال : وينبغي إذا لم تقع عهدة ما ابتاع كل واحد عليهما جميعاً أن يكون ربح كل ما ابتاع كل واحد وضمانه عليه ، وله في باب الشركة في المفاوضة غير هذا فقال : إذا اشترك رجلان على ما أخرجاه فتفاوضا على أن يشتريا بهذا المال وبالدين فما رزق الله في ذلك فبينهما فلا يعجبني أن يتفاوضا على أن يشتريا بأكثر من رؤوس أموالهما لأن الشركة لا تجوز إلا على [رؤوس] (٣) الأموال فإن فعلا فما اشترى بالدين فهو بينهما وكل ما اشترى [أحدهما] (٤) بينه وبين صاحبه ، ومحمل هذه المسألة في جعل ما اشترى كل واحد فبينه وبين صاحبه محمل الوكالة .

قال عبد الحق : وظاهر ما في « كتاب ابن المواز » يقتضى أنهما إذا اشتركا بوجوههما بغير مال على أن يشتريا بالدين ويبيعا ، وفات ذلك أن ما اشترى كل واحد بينهما جميعا وإن كانا قد افترقا في الشراء لأن كل واحد [منهما] (٥) كالوكيل

(١) في أ : شيوخ صقيلة .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : كل واحد .

(٥) سقط من ج .

لصاحبه وتفسخ الشركة من ذى قبل .

قال عبد الحق : مسألة الذى يفقد رجلاً فى حانوته على ثلاثة أوجه :

إن كان صاحب الحانوت هو الذى يتقبل المتاع وعهدته عليه فالغلة له وهو الضامن دون الصانع وإنما للصانع أجر مثله ، وإن كان الصانع هو الذى يتقبل وعليه العهدة فالغلة له ولصاحب الحانوت أجرة المثل إن كان يتولى الأخذ له على أن الضمان على [العامل] ^(١) خاصة ، وإن كانا يتقبلان جميعاً فالضمان عليهما والغلة بينهما ويتراجعان فى الأجرة .

وذكر عن بعض القرويين : عن الشيخ أبى الحسن فى مسألة الشريكين فى المعدن، يموت أحدهما ، قال : معنى قول ابن القاسم : (أدركا نيلاً) أنها أخرجاه واقتسماه فليس لورثة الميت التمدادى على العمل فى المعدن على سبيل المعدن إلا بقطيعة من الإمام يقطعه لهم أو لغيرهم ، ولم يتكلم ابن القاسم على أنهما لم يخرجاً شيئاً ، والله أعلم .

وذكر عن الشيخ أبى الحسن فى كراهية مالك طلب الكنوز فى قبور الجاهلية ، قال : إنما ذلك للحديث الذى جاء : « لا تدخلوا على هؤلاء المعذبين إلا وأنتم باكون فإن لم تكونوا باكين فلا تدخلوا » ^(٢) فلا ينبغى أن يدخل عليهم إلا للاعتبار والبكاء ، فأما لطلب [الدنيا و] ^(٣) اللهو فلا .

وقيل : عن الشيخ أبى محمد أنه قال : إنما كره مالك ذلك خيفة أن يصادف قبر نبي أو رجل صالح .

قال عبد الحق : إذا نزلت الشركة بالعروض فاسدة وباعا عرضيهما لكل واحد ثمن عرضه [ق/١٦٧] فإن لم يعرف ما بيعت به سلعتاهما فلكل واحد قيمة عرضه يوم البيع ، وليس هذا بمنزلة البيع الفاسد إذا قبض لأن أيديهما على السلعتين ، وإنما

(١) فى أ : العاقد .

(٢) أخرجه البخارى (٤٢٣) ومسلم (٢٩٨٠) من حديث ابن عمر رضى الله عنهما .

(٣) سقط من أ .

لم يجعل لكل واحد السلعة التي اشترت بماله في الشركة [بدنانير] ^(١) من [عند] ^(٢) هذا [ودراهم من الآخر] ^(٣) وجعل هاهنا لكل واحد ثمن سلعته ؛ لأن الدراهم والدنانير قد فات الأمر فيها لما تصرفا فيها واشترى بها ، وأما العرضان اللذان اشتركا بهما شركة فاسدة فلم يحصل فيها فوت لأن كل سلعة ثمنها معلوم ويد كل واحد على سلعة قيمتها له .

قال عبدالحق : وجه كراهية مالك للشركة بالطعام وإن تساويا فيما سمعت غير واحد يعلل قوله به أن الشريكين كل واحد منهما باع نصف ما في يده بنصف ما [بيد] ^(٤) صاحبه ، ويد كل واحد على ما باع فإذا تصرفا وباعا حصل في ذلك بيع الطعام [قبل قبضه ، واعلم أن بيع الطعام بالطعام إلى أجل إذ يد كل واحد على ما باع فإذا باعه بعد ذلك دخل ذلك أيضاً بيع الطعام] ^(٥) قبل قبضه لعدم القبض لما كانت يد كل واحد على ما باعه ، فاعلم ذلك .

ومن « المبسوط » لإسماعيل القاضي - رحمه الله - : قال إسماعيل : أحسب أن مالكا كره الشركة بالطعام وإن استويا في الكيل والجودة ؛ لأن الدنانير والدراهم الجملة فيها مستوية لا فضل [في شيء] ^(٦) منها على شيء إلا أن يكون شيء منها خاص له فضيلة على ما سواه فذلك الذي لا تجوز الشركة به إذا ضم إلى ما ليس مثله فيفرد هذا المخصوص بذلك ، فأما جملة الدنانير والدراهم فإنما هي للاستواء عند الناس بذلك ، على ذلك أن الرجل يشتري الحنطة وغيرها بالدراهم والدنانير فيسمى مبلغها ولا يحتاج أن يذكر صفتها ، ولا أن تكون بأعيانها ، وليس الطعام بهذه المنزلة ، لأنه لا يجوز أن يشتري طعاماً ولا يبيعه إلا أن يكون طعاماً بعينه أو على صفة موصوفة ، فلما كان الطعام بهذه المنزلة وكانت الشركة لا تجوز إلا على

(١) في أ : بالدینار .

(٢) في أ : غير .

(٣) في أ : وبالدراهم من عند هذا .

(٤) في أ : في يد .

(٥) سقط من ج .

(٦) في أ : لشيء .

الاستواء فى القيمة وكان الطعام ليس مما يحوز بعضه ببعض فى البيع إلا على الاستواء فى الكيل ، وإن اختلفت قيمته وكانت الشركة لا تجوز إلا على الاستواء فى القيمة احتيج فى الطعام إلى أن يستوى أمره فى الشركة فى الكيل والوزن والقيمة وكان الاستواء فى ذلك لا يكاد يكون فكرهه ، فإن احتج محتج بأن الرجل إذا أ تلف طعاما لرجل كان عليه مثل كيله وصفته كما يكون عليه فى الدنانير والدراهم إذا أ تلفها ، قيل له : إن الشيء إذا تلف فقد فات وصار التلف أمراً قد مضى فلم يكن فيه إلا التوخي فى القيمة أو [فى] ^(١) المثل [ق/ ٧٢ج] والشركة أمر يستقبل فلأن تشبه بالبيع المستقبلية أولى من أن تشبه بما قد فات .

قال بعض [شيوخنا من القرويين] ^(٢) : تجوز على مذهب ابن القاسم الشركة بالطعام المختلف اختلافاً يسيراً كما تجوز عنده الشركة بيزيدية ومحمدية مختلفة النفاق شيئاً يسيراً .

اعلم أنه إذا كانت [كل صرة بيد صاحبها] ^(٣) فتلفت دنانير أحدهما ثم اشترى الآخر أمة بعد التلف ، فإن كان عالماً بالتلف خير عليه شريكه بين أن يشركه فيها أو يدعها له ، وإن اشترى لنفسه فهى له ، وإن لم يعلم بالتلف واشترى أو اشترى ثم كان التلف فتكون الأمة بينهما ، كذا ينبغى ، والله أعلم .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(٤) : إنما تجوز الشركة بالمال الغائب على مذهب ابن القاسم إذا لم تكن غيبته بعيدة جداً ، وأما على قول سحنون فلا تجوز الشركة بالمال الغائب وإن قربت غيبته .

قال : وإنما يجوز ذلك أيضاً عند ابن القاسم إذا كانا لا يتجران إلا بعد قبض المال الغائب ، فأما إن كان يتجران إلى أن يقبضا [المال] ^(٥) الغائب فلا يجوز ذلك .

(١) زيادة من أ .

(٢) فى أ : شيوخ أهل القيروان .

(٣) فى أ : صرة كل واحد بيده .

(٤) فى أ : شيوخ صقلية .

(٥) سقط من ج .

قال عبد الحق: إذا اشترى الجارية للتجارة ثم عمد [فوطئ] (١) ، فها هنا يخير شريكه بين مطالبته بالقيمة أو تركها بينهما ، وأما إن اشترى لنفسه ليطلبها وعلى أن الخسارة فيها والربح على المال فهذه مسألة الكتاب التي ذكر [ق/١٦٨] فيها المقواة، ولو أنه اشترى بإذن شريكه على أن [نصفها] (٢) إن خسر [أو يكون ربحها له] (٣) إن ربح فهذا كسلف أسلفه شريكه ، [فاعلم ذلك] (٤) .

قال بعض شيوخنا من القرويين : يجوز للشريك [التأخير للغريم] (٥) قصداً لإسلافه ، وليس ذلك من باب سلف جر منفعة ، لأن المؤجر قد لا يشتري منه شيئاً أبداً فلم يدخل عليه نفع بتأخيره .

ذكر عن الشيخ أبي الحسن في مسألة [إذا استعار أحد الشريكين دابة] (٦) بغير إذن شريكه فتلفت ، إنه قال : إنما يضمن المستعير هذه الدابة وحده إن قضى به قاض ممن يرى ذلك ، وهو رأى أهل الكوفة ، وكان القاضي بمصر يومئذ ممن يذهب إلى ذلك .

وحكى عن الشيخ أبي الحسن أيضاً [أنه] (٧) قال : إنما لم يجز لأحد المتفاوضين أن يأذن لعبد من شركتهما في التجارة .

لأن العبد قد يلحقه دين فيصير عيباً في العبد ، وأيضاً فإذا أذن له في التجارة فقد فوض إليه وليس له أن يفاوض بالمال بغير إذن شريكه ، وهو خلاف إذا قارض أحد الشريكين [بالمال] (٨) بغير إذن شريكه أن ذلك جائز أو لا يدخله ما يدخل في العبد .

(١) في أ : فوطئها .

(٢) في أ : قيمتها .

(٣) في أ : ويكون له ربحها .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : التأخر بما على الغريم .

(٦) في أ : أحد الشريكين يستعير دابة .

(٧) زيادة من أ .

(٨) سقط من ج .

قال بعض القرويين : الفرق عند ابن القاسم بين أن يقضى الغريم أحد الشريكين بعد افتراقهما أنه لا شيء عليه إذا لم يعلم بافتراقهما وبين أن يقضى الغريم للوكيل وهو لا يعلم بخلعه أنه يضمن ما دفع إليه : أن افتراق الشريكين لا يقطع الشركة في الدين بل ذلك باق بعد الافتراق وعزل الوكيل يرفع يده فافتراقا لهذا ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : [قول غيره] ^(١) في مسألة خلع الوكيل : إذا قبض من الغريم وقد علم أحدهما بخلعه ، أن الدافع يضمن ، يريد : لأن الغريم وإن كان لا يعلم فالوكيل إذا علم بخلعه فقد تعدى في قبض الدين وهو ضامن له إن تلف والدافع إذا غرم رجع على الوكيل القابض فلذلك وجب ضمان الدافع .

[وفي «كتاب ابن حبيب» : أما السلف والشركة فيفسخ متى عثر عليه قبل العمل في الشركة أو بعد ربح السلف] [(*) بعضه ، لأنه ضمنه] ^(٢) .

تم كتاب الشركة بحمد الله وحسن عونه .

(١) سقط من أ .

(*) قدر كلمة لم أتبينها بالأصل .

(٢) سقط من ج .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الأقضية

قال عبد الحق : وقع بين المختصرين اختلاف فى نقل مسألة القاضى يقضى بشيء فيه اختلاف فيريد نقضه ، لوقوع لفظها فى الأمهات مشكلاً ونص لفظ الأمهات هو ما أذكره .

قلت : هل كان مالك يرى للقاضى إذا قضى بقضية ، ثم تبين له أن غير ما قضى به أصوب مما قضى به أن يرد قضيته ويقضى بما رأى بعد ذلك وإن كانت قضيته الأولى مما اختلف فيها العلماء ؟

قال : إنما قال [ذلك] ^(١) مالك إذا تبين له أن الحق فى غير ما قضى به رجع ، وإنما الذى لا يرجع فيما قضت به القضاة مما اختلف الناس فيه .

فقال أبو محمد - رحمه الله - في « مختصره » فى نقله لهذا الكلام : وإذا بان للقاضى أنه أخطأ فيما قضى هو به فلينقض قضيته ، وإن كان قد أصاب قول قائل من أهل العلم وقد فعله عمر بن عبد العزيز ، ورأيت فى « اختصار حمديس » : فأما إذا حكم بما قضت به القضاة أو بما اختلف الناس فيه فلا ينقضه .

ورأيت فى مختصر لبعض الأندلسيين قال فى لفظ الأمهات : رأيت [بين] ^(٢) المختصرين اختلاف فى تأويل هذا اللفظ فمنهم من تأوله على أن له أن ينقض ما قد قضى به ، وإن كان قد أصاب قول قائل من أهل العلم ، ومنهم من تأوله على أنه إذا حكم بما قضت به القضاة أو بما اختلف الناس فيه فلا ينقضه وهذا التأويل أقرب إلى لفظ « الكتاب » .

قال عبد الحق : إنما قال : ترفع شهادته إذا [أثبت] ^(٣) خطه ولم تثبت الشهادة [لأنه] ^(٤) قد يرى الحكم إجازتها على قول للاختلاف فى ذلك ، ومما يستدل به

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : بعض .

(٣) فى أ : ثبت .

(٤) فى أ : إذ .

على منع جواز هذه الشهادة من القرآن قوله تعالى : ﴿وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمْنَا﴾ (١) ، والذي عرف الخط لم يعلم الشهادة وإنما علم خطه ، وقوله تعالى : ﴿ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَا﴾ (٢) ، والشهادة على الخط ليست بالشهادة على وجهها .

وقال لى بعض القرويين : إن ظاهر كتاب [ق/١٦٩أ] الله تعالى يدل على جواز [هذه] (٣) الشهادة ، لأنه تعالى أمر بالإشهاد وبالكتاب فلو كان الكتاب إذا رآه الشاهد لا يشهد حتى يعرف الشهادة وتوقيعها لم يكن للكتاب معنى وصار وجوده وعدمه سواء إذا كان إنما يشهد إذا أثبت الشهادة .

وهذا الذى استدل به فيه نظر ، لأنه يجاب عن هذا الذى ذكره بأن يقال له : ليس وجود الكتاب وعدمه سواء ، وذلك أنه إنما أمر به لعله يتذكر فى الشهادة فقد يكون بوقوفه على الكتاب ونظره فيذكر ما كان ، ففائدته أنه قد يكون سبباً لمعرفة الشهادة ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إنما لا يجوز تزكية الشاهد الغائب حتى يكون معروفاً مشهوراً إذا كان غائباً عن مجلس الحكم وهو حاضر البلد أو قريب جداً ، فأما من بعدت غيبته فيجوز أن يزكى وإن كان غائباً كما يقضى عليه وهو غائب ، ورأيت نحو هذا لأبى محمد رحمه الله .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٤) فى الغائب يحكم عليه بطلاق أو عتاق ثم يقدم : أنه على حجته فى الطلاق وترد إليه الزوجة إذا أثبت ما يوجب ذلك وإن تزوجت زوجته كان أولى بها ما لم يدخل بها الذى تزوجها فلا يقبل حينئذ للغائب حجة كامراً المفقود ، وأما العتق فهو فيه على حجته وينقض وإن كانت المعتقة أمة فتزوجت كان الحكم فيها كالحكم فى المستحقة .

(١) يوسف : ٨١ .

(٢) المائدة : ١٠٨ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : شيوخ صقلية .

[**قال عبد الحق**] (١) : الفرق بين العدالة والجرحة : أن الحاكم يمضى ذلك بعلمه وبين حكمه بالإقرار عنده وما علمه فى الخصوم أنه لا يحكم به : أن الجرحة والعدالة أمر يشترك فيه مع غيره ، فإذا قبل [العدل] (٢) أورد غير [العدل] (٣) علم الناس ذلك لأن مراتبهم لا [تحصى] (٤) ، وأما الحكم بالإقرار ونحوه فهو [أمر] (٥) يستبد بمعرفته ويخصه ذلك ولا يحكم أحد بعلمه .

دليل ذلك : أن النبى عليه السلام لم يحكم بعلمه فى المنافقين وفى أشياء غير هذا مذكورة فى الآثار ، وقد ذكر الأبهري [ق / ٧٣ ج] نحو ما وصفته .

[**قال عبد الحق**] : إن قيل : لم قبلت قول المأذون فى دين بقربة بعد الحجر عليه ولم تقبل قول القاضى بعد عزله وكلاهما كان مطلق اليد ؟

فالفرق بين ذلك - والله أعلم : أن المأذون لا تهمة عليه فى إقراره لأن ضرر الإقرار عليه لأنه أقر بدين يتعلق بذمته ، ألا ترى لو ضاع المال يعنى الدين متعلقًا بذمته والحاكم قد [يسقط] (٦) أمره بالعزل فلا يقبل قوله .

اعلم أن الذى يفسخه القاضى من قضاء من تقدمه من الشاذ فيما ذكر ابن حبيب عن ابن الماجشون مثل ما ذهب إليه أهل العراق فيمن أعتق شقصًا من عبد وهو عديم أنه يستسعى العبد فيما بقى والقضاء بالشفعة للجار ، والحكم للنصرانى على النصرانى بشهادة النصرانى وللإهود على اليهود بشهادة اليهود ، وقولهم فى ميراث العممة والخالة [وتوريث] (٧) المولى الأسفل وشبه ذلك مما تواطأ على خلافه أهل المدينة ، وكذلك فيما هو [ترك] (٨) من الحكم لما فعل الفاعل من ذلك ما جاء من

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : العدالة .

(٣) فى أ : العدالة .

(٤) فى أ : تخفى .

(٥) فى أ : شيء .

(٦) فى أ : سقط .

(٧) فى أ : وتوريثهم .

(٨) فى أ : يرد .

[الحديث] (١) بالطلاق والعتق قبل الملك ونكاح المحرم والحكم بالقسامة وطلاق المخيرة ، فقد قيل : إنها واحدة [بائنة] (٢) لأن تركه هذا ليس بحكم .

وذكر عن ابن القاسم فيمن طلق امرأته ألبتة فرفع إلى من رآها واحدة فجعلها واحدة ونكحها زوجها الأول أنه يفرق بينهما ، وليس هذا من الاختلاف الذي يقر ، وابن عبد الحكم يمضى هذا كله ولا [ينقض] (٣) عنده إلا ما كان خطأ محضاً لم يختلف فيه ، هذا معنى ما ذكره ابن حبيب في جميع ما قدمناه .

تم كتاب الأفضية بحمد الله وعونه

(١) في أ : الحنث .

(٢) في أ : ثابتة .

(٣) في أ : يسقط .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشهادات

اعلم أن الشهادة فرض على الكفاية يحملها بعض الناس عن بعض كالجهاد إلا في موضع ليس فيه من يحمل ذلك فيجب حينئذ على الإنسان أن يشهد ، وقد تنازع الناس في قوله تعالى : ﴿ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ (١) ، هل ذلك في الابتداء أم بعد أن تلزم الشهادة ؟

والصحيح من القول وعليه أكثر الناس : أنها ليست في الابتداء وأن الناس لا تجب عليهم ، وإنما هي أمر يحمله بعض الناس عن بعض كما قدمنا ، فاعلم [ق/ ١٧٠] .

قال في [المدونة] : (٢) (لا تجوز شهادة من هو في عيال رجل له) (٣) .

قال في « الواضحة » : وأما إن كان المشهود له في عيال الشاهد جازت شهادته إذ لا تهمة هاهنا .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٤) : أما إن كان المشهود له من قرابة الشاهد كالأخ ونحوه فينبغي ألا تجوز شهادته له بمال لأنه يدفع [عن نفسه] (٥) بذلك نفقته ، وإن كانت النفقة عليه لا تلزمه فإن تركه للإنفاق على أخيه والصلة له إذا كان فقيراً معرة عليه فشهادته له يصير له مالا فيتهم في سقوط نفقته عن نفسه ، وأما إن كان هذا المشهود له الذي في عيال الشاهد أجنبياً فشهادته له جائزة ؛ إذ لا تهمة في هذا .

قال : وتجوز شهادة الفقير الذي يقبل الشيء ممن يعطيه إياه [لكنه] (٦) لا يسأل

(١) البقرة : ٢٨٢ .

(٢) في أ : الكتاب .

(٣) المدونة : (٤/ ١٨) .

(٤) في أ : شيوخ أهل صقلية .

(٥) سقط من ج .

(٦) في أ : إلا أنه .

أحدًا لأنه قد جاء : أن ما أتاك من غير مسألة [فخذه] ^(١) فإنما هو رزق رزقه الله ، فهو خارج عن باب السؤال .

ذكر عن أحمد بن نصر فى المدمن فى لعب الشطرنج الذى لا تجوز شهادته إذا لعب بها فى السنة أكثر من مرة [واحدة] ^(٢) فقد صار مدمنًا .

[قال] ^(٣) : اعلم أن قول ربيعة وسحنون فى شهادة النساء فى الاستهلال وقتل الخطأ إنما يجوز ذلك إذا كان الجسد حاضرًا ، هذا خلاف قول ابن القاسم ، وقد قال ابن القاسم فى « كتاب ابن المواز » فى المرأتين إذا شهدتا على الاستهلال وأن المولود ذكر : إن شهادتهن جائزة ويكون مع شهادتهما اليمين .

وقد قال فى كتاب الوصايا من « المدونة » : (إذا شهد النساء مع رجل على موت ميت إن لم يكن إلا قسم المال جاز فهذا والبدن غير حاضر) ^(٤) ومن هذا الأصل قول ابن القاسم فى شاهد على الولاء يؤخذ به المال ولا يثبت الولاء ، ومن ذلك قوله فى شاهد لرجل أنه نكح امرأة وقد ماتت : إنه يرثها ، فقد قضى ابن القاسم بالمال فيما قدمنا ، والأصل ما يثبت بشهادة رجلين ، وأشهب يخالف فى سائر هذا ، وهكذا قال لى بعض القرويين .

قال بعض الأندلسيين : قوله : (شهادة النساء فى الموارث جائزة) ^(٥) معناه مثل أن يترك الميت أخوين فيختلفان فى أقعدهما بالميت فتشهد النساء لأحدهما أنه أقرب إلى الميت بأم ، ومن ذلك أيضًا مثل أن يترك وارثًا واحدًا أو ورثة يكون بينهم نسبهم بائنًا من [قبل] ^(٦) الميت فتشهد النساء : إنا لا نعلم للميت وارثًا إلا فلانًا ، أو تشهدن على عدد الورثة فتجوز شهادتهن مع يمين الوارث أو الورثة ، وتجوز أيضًا فى ذلك مع رجل .

(١) سط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) المدونة (٢٧/٤) .

(٥) المدونة (٢٢/٤) .

(٦) سقط من أ .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) فى قول المخزومى : (إن [شهادة الإناث] (٢) تجوز) (٣) إنما ذلك إذا قارنهن ذكر ، وأما وحدهن دون أن يكون معهن ذكر فلا يجوز ، وكذلك لو شهد ذكر وأثنى واحدة لم تجز الشهادة ، وإنما الأثنان عنده مقام ذكر واحد ، فاعلم .

قال : وقول ابن نافع فى صبي شهد عليه صبيان أنه جرح صبيًا ثم نرى فى جرحه فمات : إن أولياءه يقسمون : من ضربه مات .

هذا خلاف قول ابن القاسم لأن القسامة عند ابن القاسم لا تكون مع الصبيان .

قال عبد الحق : ووجه قول ابن نافع هذا : أنه لما كانت شهادتهم على الجرح جائزة وشهادتهم على القتل جائزة فكانت على [الأصل] (٤) وما آل إليه من الموت إذا اجتمع ذلك يجوز كقتل إذا انفرد سواء ، والله أعلم .

وعلى قول ابن القاسم إذ لم يجعل معهم القسامة أرش الجرح على الضارب أو على عاقلته إن بلغ ثلث الدية فأكثر ؛ لأن الجراح شهادتهم فيها جائزة فلا تسقط عقل الجرح على قوله ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : قوله : (إذا شهد رجل وامرأتان على وصية رجل ، فإن كان فى الوصية عتق وأبضاع النساء فلا تجوز الشهادة) (٥) هذا على وجوه ، وإنما ينظر فإن كان إنما له مدبرون أو مكاتبون أو أمهات أولاد أو زوجات فلا يضر هذا ؛ لأنه معلوم بالبيئة ولا حكم للوصى فى ذلك ، فالشهادة حينئذ على الوصية جائزة ، وأما إن كان فى ذلك عتق نسمة بغير عينها فلا يجوز ذلك ؛ لأن الشهادة تصير على العتق ، وإن كانت رقبة بعينها فالشهادة جائزة إذ لا حكم للوصى

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

(٢) فى أ : شهادتهن .

(٣) المدونة (٢٦/٤) .

(٤) فى أ : الأصول .

(٥) المدونة (٢٩/٤) .

فى ذلك ولا خيار له ، وإن كان للميت بنات ثيب فلا وصية [ق/ ١٧١أ] له عليهن وفى الأبكار النظر للسلطان ، ويبقى نظره فى غير ذلك من المال جائزاً [أو] (١) لا تبطل الشهادة كلها ، وأما شهادة النساء مع رجل على موت ميت فهذا إن كان له مدبرون أو أمهات أولاد أو زوجات ونحو ذلك فذلك سواء ، ولا تجوز الشهادة وإن كان إنما له مال يقسم فقط فالشهادة جائزة فى مذهب ابن القاسم ، فاعلم ذلك .

اعلم أن الصبى إذا قام له شاهد بحق فحلف له الغريم ثم بلغ الصبى فنكل عن اليمين [أنه] (٢) لا ترد له اليمين على المطلوب ، لأنه قد حلف أولاً ، وإنما ردت على الصبى بعد بلوغه ؛ لأنها عليه كانت فى الأصل فإذا لم يحلف فلا يحلف له المطلوب مرتين ؛ لأنه قد حلف أولاً ونفى عن نفسه ما شهد به الشاهد .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا حلف الغريم واستثنى بالصبى ليكبر

فيحلف فمات الصبى قبل بلوغه فلورثته [ق/ ٧٤جـ] أن يحلفوا ويستحقوا ويقوموا مقام الصبى لو كبر ، قال : ولو كان هذا الحق للصبى ولاخ له كبير فنكل الكبير عن اليمين وحلف الغريم على نصيب الصغير واستثنى بالصغير أن يكبر فمات قبل بلوغه فكان أخوه الكبير وارثه ، فإنه ليس له أن يحلف ، لأنه قد نكل أولاً وهو الحق الذى شهد به الشاهد فلا ترجع عليه يمين قد نكل عنها ، والله أعلم .

[قال] (٣) : اعلم [أن قوله فى شاهد] (٤) على خمسين [وشاهد] (٥) على مائة [إنما جوابه] (٦) [أجزأ] (٧) إذا كان ذلك فى مجلس واحد ، وإذا كان ذلك فى مجلسين حلف الطالب واستحق مائة وخمسين ؛ لأنهما مالان وشهادتان لما كانت فى مجلسين [مختلفين] (٨) ، وهكذا قال بعض شيوخنا من القرويين وهو بين ، والله

(١) فى أ : و .

(٢) سقط من جـ .

(٣) فى أ : و .

(٤) فى أ : أنه إذا أقام شاهداً .

(٥) فى أ : وآخر .

(٦) فى أ : أن الذى جرى به فى «الكتاب» .

(٧) سقط من جـ .

(٨) سقط من جـ .

أعلم .

[قال] (١) : إنما قال : ([إن])^(٢) شهادة من شهد فى وصية له فيها شيء يسير جائزة) وفرق بين الوصية والحقوق لأن الوصايا فيها ضرورة إذ قد يخشى معاجلة الموت ولا يحضر إلا الذى وصى له ولا تقوم الضرورة فى التوثق والإشهاد فى غير الوصايا من الحقوق فهذا مفترق ، والله أعلم .

وقول يحيى بن سعيد : إن كان مع [الشاهد]^(٣) غيره جازت شهادته له ولغيره ، وإن كان وحده جازت لغيره ولم تجز له .

قال سحنون فى كتاب ابنه : معنى قول يحيى بن سعيد هذا أن الشاهد إذا كان معه غيره أخذ ما شهد به لنفسه بغير يمين إذا كان تافهاً يسيراً ، وإن كان وحده لم يأخذ غيره ما شهد له به حتى يحلف إلا أن يكون الذى شهد به الشاهد لنفسه [كثيراً]^(٤) فلا تقبل شهادته له ولا لهم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وقوله فى « المدونة » : (إذا شهد وارثان أن فلاناً تكفل لفلان ولوالدهما فى شيء [آخر]^(٥) بكذا ، فشهادتهما للأجنبي [جائزة] (٦)) (٧) .

وقوله فى الوصية : (يشهد فيها وله فيها شيء) [ينبئ]^(٨) عن أنه إنما كلامه فى ذلك كله على ذكر حق واحد فيه هذا ، فاعلم ذلك .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا شهد شاهد على وصية بعق وشهد آخر

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى ج : يسيراً .

(٥) فى أ : واحد .

(٦) فى أ : غير جائزة .

(٧) المدونة (٤/٢٧ و ٦٧) .

(٨) فى أ : يبين .

بمال فلصاحب المال أن يحلف مع شاهد ويستحقه وليس ذلك كالشاهد الواحد بالوصية بالعتق وبالمال ، ويلزم الورثة اليمين من أجل شاهد العتق ، فإن نكل الورثة ووجب [العتق] ^(١) على أحد قولى مالك لم يضر ذلك المشهود له بالمال ؛ لأن نكول الورثة الآن يعد كابتداء عتق فعلوه فلا يضر ذلك الموصى له بالمال ، فاعلم .

قال عبد الحق : سألت بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(٢) عن الذى بيده وديعة فيشهد أن صاحبها تصدق بها على فلان البعيد الغيبة ؟

فقلت : أرأيت إن قال للسلطان : خذها من يدي لا أريد إمساكها .

فقال : إن كان ذلك حين أتى يشهد ، قال للحاكم : إن فلاناً أودعنى كذا وقد تصدق به على فلان الغائب فخذ وأزله عن يده فشهادته جائزة ، وإن شهد ولم يذكر ذلك ثم أتى يقول هذا فيتهم أن يقول هذا لينفى الظنة عنه التى قد بطلت من أجلها شهادته .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى الشاهدين على السماع فى عتق فى «كتاب ابن المواز» : إن الشهادة فى غير البلد فلذلك يقضى بالمال دون الولاء عند ابن القاسم لاحتمال أن يستفيض ذلك عن رجل واحد ، وأما بالبلد فبعيد استفاضة ذلك عن رجل واحد فيقضى فى ذلك بالمال والولاء .

وقال فى قول أشهب : وتفصيله [ق/١٧٢] بين أن يغيب الشهود ولا يقدر على كشفهم أو يقدر فى مسألة الذين شهدوا أنه مولاه ولم يقولوا : إنه أعتقه : هذا التفصيل من أشهب ليس بخلاف لقول ابن القاسم ، كما إذا شهدوا على شهادة غيرهم يعذرون لغيبة شهداء الأصل ، فكذلك الشهود بأنفسهم إذا غابوا قبل أن يسألوا ، ذلك سواء ، فاعلم .

قال سحنون فى «كتاب الشرح» لابنه فى قول ابن القاسم فى هذه المسألة : إذا شهدت بينة أن هذا الميت مولاه لا يعلمون له وارثاً غيره لم تتم الشهادة على الولاء حتى يقولوا : أعتقه ، أو أعتق أباه ، أو يشهدوا على إقرار الميت أن هذا مولاه أو

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : شيوخ أهل صقلية .

على شهادة بينة أن هذا مولاه .

فقال سحنون : [إن] ^(١) شهدوا على شهادة أحد أن هذا مولاه أليس إنما نقلنا شهادة غائبين فهما لو كانا حاضرين لم تقبل شهادتهما حتى يكون فيها أنه مولاه أعتقه فكيف يقبل الحاكم شهادة غائب نقل [العدول] ^(٢) شهادته وهو لو كان حاضراً لم يقبل ذلك منه ، وهذا أمر قد غلب عليه الناس بإفريقية وغيرها يكون الرجل الشريف فى الكورة أو المحلة فيتولاه أهل تلك المحلة ويقولون : نحن مواليك وإنما هم أهل ذمة أسلموا فليس ولاؤهم لأحد وهم يقولون : نحن موالى فلان وليسوا كذلك ، وقد قال ابن القاسم فى أول المسألة : إذا شهدوا [أن هذا مولى فلان] ^(٣) لم يقبل ذلك حتى يكون فى شهادتهم أنه أعتقه أو أعتق أباه ، فما أدرى ما هذا ؟

وفى « العتبية » : قال أصبغ : قيل لابن القاسم : ما الخلطة الموجبة لليمين ؟ فقال : يبايعه ويشتري منه ولو أقام بينة أنه باع منه وقبض الثمن وقبض السلعة لم يوجب هذا اليمين إلا أن يبايعه مراراً فهى مخالطة ، وإن تقابضاً فى ذلك الثمن والسلعة وقبل التفرق فهى مخالطة ، وقاله أصبغ .

قال غير واحد من القرويين : وإنما تراعى الخلطة فيما يتعلق بالذمم من الحقوق ، وأما الأشياء المغيبة يقع التداعى بينهما فيها فاليمين فى ذلك واجبة من غير خلطة ، وفى « المدونة » مسائل كثيرة فى هذه الأشياء بعينها ذكر فيها اليمين ولم يشترط خلطة ، من ذلك مسألة كتاب الشفعة : إذا أنكر المشتري الشراء وادعى البائع فتحالفاً ، ومسألة كتاب السرقة : إذا ادعى السارق ذلك الشيء الذى سرقه فقد قال : يحلف له ربه أنه ليس له ، وكذلك فى كتاب القذف : إذا ادعى أن الأمة التى شهد عليه بوطئها قد ابتاعها من سيدها فذكر يمين السيد ولم يذكر خلطة ، وإنما ذلك لأن الحديث ورد بيمين المدعى عليه من غير شرط خلطة فحكم عمر بن عبد العزيز

(١) فى أ : إذا .

(٢) فى أ : الشهود .

(٣) فى أ : أن فلاناً مولاه .

بالخلطة فى أبواب الحقوق المتعلقة بالذمم ، وقال ذلك من قاله من التابعين ، فبقى ما سوى الحقوق المتعلقة بالذمم على ظاهر الحديث فى إيجاب اليمين ، والله أعلم .

وقال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) : لا تجب اليمين إلا بخلطة فى الأشياء المغيبة [وغيرها] (٢) ، قال : الأمثل أن يعرض رجل سلعته فى السوق للبيع فيأتى رجل فيقول [له] (٣) : قد بعتهأ منى ، فمثل هذا تجب فيه اليمين وإن لم تكن خلطة ، وكان هذا القول عندى أبين - والله أعلم - لأن الخلطة إنما رآها العلماء من أجل المضرة التى تدخل على الناس لو كان كل مدع على إنسان يحلفه بدعواه دون أن يعلم بينهما خلطة ، فإذا وجبت اليمين فيما ذكرنا من غير خلطة فهذا ترك لما جعلت الخلطة من أجله وضرر بالناس ، والله أعلم .

قال بعض القرويين : إذا باعه بنسيئة ولو مرة واحدة فهى خلطة ، وأما بالنقد فحتى يبايعه مراراً .

قال أصبغ : خمسة تجب عليهم الأيمان بلا خلطة : الصانع والمتهم بالسرقة والرجل يقول عند موته : إن له على فلان ديناً ، والرجل يمرض فى الرفقة فيدعى أنه دفع ماله لرجل وإن كان المدعى عليه عدلاً غير متهم ، وكذلك من ادعى عليه رجل غريب نزل فى مدينة أنه استودعه مالا .

[قال] (٤) : اعلم أنه إذا حلف الطالب للمطلوب ولم يرفعه إلى السلطان وله بينة [غائبة عليه بعيدة] (٥) فله القيام بينته إذا قدمت ؛ لأنه لو رفع الأمر إلى الحاكم لكان هذا الذى يفعل يحلف له المطلوب لبعد غيبة البينة ، وذلك [ق/١٧٣] لو صالح المطلوب على شيء لبعد غيبة بينته ، هذا قد رضى بما أخذ فلا قيام له

(١) فى أ : شيوخ أهل صقلية .

(٢) فى أ : وغير المغيبة .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : بعيدة الغيبة .

بالبينة إذا قدمت وهذا [بين] (١) ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين على قول ابن القاسم فى نفقة العبد الموقوف المدعى فيه [ق/ ٧٥ ج ١] : أن النفقة على من تقضى له به غلته يجب أن تكون كذلك لمن يقضى له به لا فرق بين الغلة والنفقة ، فإن تشاحا فى النفقة كانت عليهما جميعاً ثم ينظر بعد ذلك من يقضى له به [يكون عليه] (٢) .

وقال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٣) : إن لم يتطوع أحدهما بالنفقة وتشاحا كانت على من هو بيده لأنه على أصل ملكه لا يخرج من الاتفاق حتى ينظر فيه ، يريد : فإذا ألزم النفقة ثم ثبت للآخر رجوع عليه بذلك .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا أقام شاهداً فلم يحلف [المدعى] (٤) وأوقف ذلك الشيء فهلك [فللذى] (٥) اشتراه أن يحلف المدعى لأنه يقول له : قد أوقف كسبه من أجل شاهدك ، فإن حلفت وإلا فقد تعديت على ملكى ولم يثبت لك شيء لأنك تركت شاهدك ، فإما أن يحلف وإلا أغرمه قيمة ذلك الشيء الذى هلك وعاب قول من قال : إنه يحلف الآن بعد هلاك ذلك الشيء فيكون يمينه قد ثبت له ويجب بذلك رجوع المشتري على بائعه بالثمن ، وقال : كيف يحلف ليرجع غيره [بالثمن] (٦) لا يستقيم أن يحلف لحق [ثبت] (٧) لغيره .

قال : إذا أقام شاهدين وأوقف القاضى الشيء المدعى فيه لينظر فى تعديلهما فخاف فسادهما أو أقام شاهداً واحداً فكان الحاكم ينظر فى تعديله ، فالجواب سواء يباع ذلك الشيء بخلاف لو أقام شاهداً واحداً عدلاً وأبى أن يحلف معه وقال : يأتى

(١) فى أ : أبين .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : شيوخ صقلية .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : إن للذى .

(٦) فى أ : باليمين .

(٧) فى أ : يثبت .

بآخر فخاف الحاكم فساد ذلك الشيء ، هاهنا يسلمه [إلى المطلوب] (١) .

يريد : لأن هذا قادر على إثبات حقه بيمينه مع شاهده الذى ثبت له فترك ذلك اختياراً ، والذى ينظر فى تعديل شاهده أو شاهده الذى أقامه لا حجة عليه .

قال : وإذا أقام شاهدين فلم تثبت عدالتهما وقد باع الحاكم ذلك [الشيء] (٢) لخوف فساد فساد فدفع الثمن إلى المدعى عليه البيع وكان الثمن أقل مما شهدت به البيئة التى قامت للمشتري فليس يقال للمشتري هاهنا تخرج لأن البائع قد رجع إليه ثمن سلعته فهو كرجوع عينها إليه والمشتري فيقول : ما سلم إلى ما باعه منى ولا صح لى من المبيع شيء فلا ثمن له [قبلى] (٣) ، فاعلم ذلك .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٤) : قوله : لو أن داراً فى يدي ورثتها عن أبى ثم أقام ابن عمى بينة أنها دار جده وطلب مورثه هذا من وجه الحيازة التى عرفتكم قد جعل فى هذا الكلام الحيازة بين القرابة وبين الأجنيين سواء ، بخلاف ما فرق فى غير « المدونة » .

وقال [غيره من شيوخنا من أهل بلدنا] (٥) : ما كان فى الحيازة من تأثير هدم أو بناء ونحوه فيستوى فى ذلك القرابة والأجنيون ، وما كان ليس فيه تأثير وإنما هى حيازة فقط فتفرق القرابة من الأجنيين فى طول ذلك ، هذا الأصل عندى ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى قول ابن القاسم الذى طرحه سحنون فى مسألة من أقام بينة غير قاطعة أن للذى هى بيده أن يبيع : إنما يعنى يبيع ولا يأخذ ثمنًا يتصرف فيه ولا يتصرف المشتري فى المبيع حتى ينظر ما يثبت فيه وأما أن يحمل [عليه] (٦) أنه يقول : يقبض الثمن ويتصرف أيضاً فى المبيع فهذا بعيد، والله أعلم .

(١) فى أ : للمطلوب .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : شيوخ صقلية .

(٥) فى أ : بعض شيوخ صقلية .

(٦) فى أ : عنه .

قال عبد الحق : [والاعتذار] ^(١) لهذا القول بما وصف ضعيف أيضاً ، كيف يبيع شيئاً يجوز له [و] ^(٢) لا يمكن من قبض ثمنه ولا يمكن المشتري من التصرف فيما اشتراه ، وكيف [يصح] ^(٣) بيع مضمون يمنع صاحبه منه إلى غاية مجهولة ؟ ، فقول ابن القاسم ضعيف على كل حال ، والصواب : أن البيع غرر لا يجوز ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أقام بينة في دار أنها له ولأخيه الغائب فأخذ نصيبه وبقي نصيب [الغائب] ^(٤) بيد المدعى عليه على قول ابن القاسم فقامت غرماء بدين على الغائب ينبغي أن يباع لهم في دينهم حظ الغائب ؛ لأنه لو كان حاضراً ونكل عن اليمين لكان للغرماء أخذها ويبيعها في دينهم ، فإن أخذها الغرماء ثم قدم الغائب فحلف فقد مضى ذلك ، وإن نكل عن اليمين غرم للمدعى عليه ما أخذه الغرماء ويتبع [ق/ ١٧٤ أ] [في ذلك] ^(٥) في عدمه ولا شيء على الغرماء الذين يبيع لهم نصيب الغائب على كل حال .

قال عبد الحق : وقول ابن القاسم في بقاء نصيب الغائب بيد المدعى عليه ولا يوقف أولاً من القول الآخر ، لأن الغائب عليه اليمين أنه ما باع ولا وهب ، [أو] ^(٦) ما علم أن أباه باع ولا وهب فكأن الحكم له لم يتم ولم يجب له شيء حتى يحلف .

ذكر عن الشيخ أبي الحسن : [إذا] ^(٧) وجبت اليمين على يهودى أو نصرانى فأحب الطالب أن يحلفه يوم السبت أو الأحد أن ذلك له ، وإن طلب الذمى التأخير

(١) في أ : الاعتلال .

(٢) في أ : ثم .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : أخيه .

(٥) في أ : بذلك .

(٦) في أ : و .

(٧) سقط من أ .

إلى ذهاب يوم السبت أو الأحد ، وأبى المسلم ، لم يمكن الذمى من مراده .
وقال : أرأيت لو قتل يوم السبت أو سرق أما يحكم عليه يوم السبت ؟! فكما
يحلفون فى مواضع يكرهون ويعظمون ، فكذلك فى يوم يعظمونه .
تم كتاب الشهادات بحمد الله وحسن عونه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب المديان

قال بعض البغداديين : يدل على جواز حبس المديان قوله عز وجل : ﴿ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بَدِينَارٍ لَأَيُّدَهُ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِمًا ﴾ (١) وذلك أنه إذا كان [يجوز] (٢) له ملازمته ومنعه من التصرف جاز حبسه ولا خلاف في ذلك بين فقهاء الأمصار ، وحبس المديان على ثلاثة أوجه : فحبس على طريق التلوم والاختبار إذا لم يتهم أن يكون خبياً مالاً ولا ظهر منه لرد ، أو حبس لتهمته أو لرد فهذا يحبس حتى يقضى أو يظهر عدمه ، وحبس من أجل أنه خبياً مالاً علم ذلك وتيقن فهذا يحبس أبداً حتى يخرج ذلك المال فيقضى دينه منه .

قال ابن الماجشون في « الواضحة » في المجهول العدم أو المتهم بمال غيبه : أقل ما عليه من الحبس في الدريهمات اليسيرة نصف شهر ولا يحبس في الكثير من المال أكثر من أربعة أشهر ، والوسط من الحبس في الوسط من الدين شهران .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] : (٣) لا يحبس الوالد في دين الولد إلا في نفقة الولد الصغير فإن ذلك للحاكم لأن هذا من باب [الغياثة] (٤) فإذا امتنع منها حبسه الحاكم فيها ، ولا يدخل ذلك أيضاً عقوق لأن الصغير لا صنع له في هذا لأن الحاكم هو الذى يتولى ذلك باجتهاده .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٥) : قوله في الورثة أو الوصى إذا قضوا بعض الغرماء وهم يعلمون بدينه : يرجع الغرماء القادمون على الوصى أو الورثة ويرجع الورثة أو الوصى بذلك على الغرماء .

وفى موضع آخر : إن وجد الغرماء معدمين رجع على الورثة .

(١) آل عمران : ٧٥ .

(٢) زيادة من أ .

(٣) في أ : شيوخ صقلية .

(٤) في أ : العناية .

(٥) في أ : شيوخ صقلية .

هذا اختلاف من قوله كأنه مرة رأى أن يرجع على القابضين ومرة رأى أنه يرجع أولاً على الدافعين .

وقال بعض شيوخنا من القرويين : ليس هو اختلاف قول وإنما مرجع ذلك إلى أنهم مخيرون بين أن يرجعوا على الورثة أو الوصى وبين أن يرجعوا على الغرماء أولاً، فاعلم .

قال عبد الحق : وقول غيره فى المريض إذا قضى بعض غرمائه المريض لم يحجر عليه فى التجارة وهو كالصحيح فى تجارته وفى إقراره بالدين لمن لا يتهم عليه، مفهوم هذا أن قضاءه جائز وإنما أبان قوة سببه فى الإقرار بالدين وتصرفه فلما كانت أموره ماضية فى هذا فكذلك فى قضائه .

قال بعض القرويين : ومثله قال سحنون فى «كتاب ابنه» : أن قضاءه جائز ، وسحنون [فهو] ^(١) الذى أدخل كلام غيره فى « المدونة » يبطل بهذا تأويل من قال : إن قول غيره ليس بخلاف .

قال بعض القرويين : وقال إسماعيل : إنما لا يجوز قضاؤه إذا لم يكن عنده كفاف الدين فأكثر .

قال عبد الحق : اعلم ، إن [أقرت الزوجة] ^(٢) [ق/٧٦ج] فى مرضها بقبض المهر من زوجها [وأقر] ^(٣) الزوج فى مرضه لزوجته بدين أو مهر لا فرق بين ذلك، وقد قال مالك فى غير « المدونة » : إذا أقرت فى مرضها أنها قبضت مهرها [من الزوج] ^(٤) والزوج حى فلا يجوز إلا أن يكون لها ولد من غيره وكان بينها وبين زوجها أمر سيء فلا تتهم هذه ، فشرط فيها ما ذكرنا حسبما شرط فى « المدونة » فى إقرار الزوج [لامرأته] ^(٥) [من أنه] ^(٦) إذا لم [ق/١٧٥أ] يعرف

(١) فى أ : هو .

(٢) فى أ : إقرار الزوجة .

(٤) زيادة من أ .

(٣) فى أ : إقرار .

(٦) سقط من أ .

(٥) سقط من جـ .

بانقطاع إليها وله ولد من غيرها ، وإنما فرق بين إقراره للزوجة وبين إقراره لغيرها من ورثته ، لأن الورثة في الظنة أقوى لأن سببهم باق غير منقطع وسبب الزوجية منقطع بالموت والطلاق ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قول غيره : إذا أمر رجلاً يقضى [عنه] ^(١) دنائير فيقضى دراهم أو عرضاً لا يربح في السلف ، معناه : مثل أن يدفع المأمور ما قيمته دون ما [أمره] ^(٢) أن يدفع من الدين ، فإن رجع بما أمره كان قد ربح في السلف الذي أسلف الأمر .

والصواب في هذه المسألة : الرجوع بما أمره لأن المأمور إذا دفع غير ما أمر [به] ^(٣) فإنما ذلك مبايعة مستأنفة بينه وبين القابض وشيء لم يكن للأمر أن يمنع منه .

قال لي غير واحد من [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(٤) : وعلى القول الذي قال : لا يربح في السلف إذا كان المدفوع عرضاً ، ينبغي أن يرجع المأمور بالأقل من قيمة ذلك العرض أو الدنانير التي أمر بها .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(٥) : إذا باع ديناً له من رجل والمشتري للدين قاصد بشرائه ضرر الغريم والبائع غير عالم بقصده فإن هذا البيع يفسخ مثل تواطئهما جميعاً البائع والمشتري على ذلك وأبى من بيع الدين على المشتري وإنفاذ شرائه ، وقال : كما إذا قصد بسلفه النفع والقابض للسلف لا علم له بذلك أنه يفسخ إذا ثبت ذلك ولا حجة للقابض أنه لم يعلم بذلك ولا دخل عليه وكبيع من تلزمه الجمعة ممن لا تلزمه أن البيع مفسوخ كمثل ما لو كانا ممن تلزمهما الجمعة ، ولا حجة لمن لا تلزمه الجمعة فكذلك ما وصفنا .

وخالفه غيره في هذا الجواب ورأى أن البائع إذا لم يعلم بقصد المشتري للضرر لا تفسخ عليه صفقته ويباغ الدين على المشتري فيرتفع الضرر عن الذي

(١) سقط من أ .

(٢) في ج : أمر .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : شيوخ صقلية .

(٥) في أ : شيوخ صقلية .

عليه الدين .

ذكر عن أبي محمد : أن للوصى أن يدفع مالا للصبي يختبره به ولا يضمن الوصى ما نقص [منه] (١) .

قال ابن حبيب : وإذا دفع الوصى مالا لیتيمه [ليختبره] (٢) به ثم أنكر ذلك الیتيم فالوصى مصدق فيما دفع إليه ويضم ذلك إلى ما اتفق عليه إذا علم أن الیتيم كان يتجر .

وحكى عن الشيخ أبي الحسن فى مسألة المولى عليه يدفع إليه وليه بعض ما يستخبره به ، قال : إنما ينبغى أن يبايع فيه على النقد فمن بايعه على غير النقد [فهذا] (٣) الذى لا يكون له فى المال الذى فى يد المولى عليه شيء إلا أن يكون فى يد المولى عليه أكثر مما كان دفع إليه وليه فيكون حق الذى دأينه فى الزائد إذا كان الزائد من معاملته إياه .

تم كتاب المديان بحمد الله وعونه

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : يستخبره .

(٣) فى أ : فهو .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب التفليس

قال بعض البغداديين : إنما وجب أن يحل الدين المؤجل بالفلس أو الموت من أجل أنه في الموت قد انقطعت ذمته ، وأيضاً فبموته وجب قسم ميراثه ، وقد بدئى الله تعالى الدين على الميراث فوجب حلول الدين لوجوب قسم الميراث ، وأما إذا أفلس فصاحب الدين إنما رضى بذمة سليمة من الدين فإذا طرأ على ذمته عيب لم يرض به عند المدائنة وجب تعجيل حقه ، ولما وجب تفرقة ماله بين غرمائه وكان هذا أحدهم وجب أن يشركهم فيما يقبضون .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كان على رجل دين حال ودين إلى أجل فقام صاحب الحال التفليس المطلوب ويبد المطلوب كفاف دين الذى حل دينه فإنه يفلس حتى يكون بيده فضل عن الدين الحال يتصرف فيه ، فأما إن لم يكن بيده [فضل عن الدين] ^(١) إلا مثل ما يدفع لصاحب الحال فى دينه أو أقل ويبقى لا شيء له فيفلس ، وذكر أن غيره يخالفه إذا كان بيده كفاف دين الذى حل دينه ويقول : لا يفلس وإن كان لا يبقى بيده فضل .

قال عبد الحق : وإن قيل [لهم] ^(٢) : إذا فلس وله ثمرة لم تطب لم لا تباع على الجذ ، كما تباع ديونه التى لم يحل أجلها ؟

فالجواب : أن الثمرة إذا بيعت قبل بدو صلاحها على الجذ بيعت بفساد فلم يضر به فى ذلك وليس بيع الدين قبل أجله بيع [ق / ١٧٦أ] فساد ، فهذا مفترق ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كان الموقف للغرماء دنائير وحقهم دراهم فضاع فى الاتفاق لم يضمنوه ، وإنما معنى كلام ابن القاسم فى العين الموقف : إذا كان من جنس حقوقهم التى يقتضونها ، وقوله : (لا يضمنون

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

العروض) يريد : إذا كانت حقوقهم خلاف تلك العروض ؛ لأنهم إنما يأخذون حقوقهم من أثمانها فهي على ملك الغريم حتى تباع ، فأما إن كانت حقوق الغرماء عروضاً مثل تلك العروض الموقوفة سواء فضمانها منهم .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(١) : إنما اختلاف الغير وابن القاسم إذا [علم] ^(٢) بعض الغرماء وكانوا حضوراً في حال تفليس الغريم إذا لم يحضروا حين القسمة ، فأما إذا شاهدوا القسمة لماله وسكتوا فلا رجوع لهم على من قبض من الغرماء بلا اختلاف من ابن القاسم وغيره وهذا بين ، فاعلم .

[قال عبد الحق :] ^(٣) ولم يختلف قوله : أن إقرار من أحاط الدين بماله بدين جائز ، واختلف قوله في قضائه .

[فالفرق] ^(٤) **بين ذلك :** أن إقراره بالدين يوجب تخليده في ذمته والقضاء شيء أزال الدين به عن ذمته وولجته إلى من لا يستحق جميعه لوجوب التحاوص في جميع [ماله] ^(٥) فليس له تخصيص بعض الغرماء [ببعضه] ^(٦) على أحد قوليّه ، وأيضاً فإن من قضائه دفعاً لجملة ما يستحقه المديان وإقراره بالدين إنما يوجب للمقر له الحصاص لا جملة حقه فهو أخف من القضاء ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين في مسألة العبد يكون له على سيده دين وعليه هو أيضاً دين : إنما يضرب العبد مع غرماء سيده بجميع دينه ، فإن وقع له في المحاصة مثل الدين [الذي] ^(٧) عليه فأقل ، أخذه وإن وقع له أكثر من الدين الذي عليه لم يكن له ذلك ، ولا يصح أن يضرب العبد بالأقل من دينه أو الدين الذي

(١) في أ : شيوخ صقلية .

(٢) في أ : عرف .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : فالقول .

(٥) في أ : مال المفلس .

(٦) في أ : عن بعض .

(٧) سقط من أ .

عليه ، فاعلم .

قال أبو محمد : وإذا بيع العبد لغرماء سيده دخل فى ثمنه غرماء السيد وغرماء العبد ؛ لأن العبد أحد غرماء سيده ، وتفسير ذلك مثل أن يكون على العبد دين عشرين ديناراً وعلى السيد دين ستين ديناراً ، لثلاثة رجال لكل واحد عشرون ديناراً ومع السيد عشرون ديناراً عيناً ، وهذا العبد المديان فإن العبد يخاص غرماء سيده فى هذه العشرين ديناراً التى بيد سيده فيقع له منها فى الحصاص خمسة دنائير فيدفعها العبد إلى غرمائه ويأخذ كل واحد من غرماء السيد فى المحاصة خمسة دنائير ، فقد علمت أن غرماء العبد إنما بقى لهم خمسة عشر ديناراً وبها يجب أن يخاصوا غرماء السيد [فى ثمن العبد] ^(١) والباقى لغرماء السيد فى ثمن العبد خمسة وأربعون ديناراً وغرماء العبد إنما يكون لهم فى ذمته ما يبقى من دينهم بعد أخذهم لربع ثمن العبد لمعرفة كيف ينادى على هذا العبد حتى يتوصل إلى بيان ما وصفناه ، إذا كانت قيمة العبد أقل من ستين ديناراً لو بيع بلا دين عليه أن يقال : من يشتري هذا العبد بثمن على أن يدفع ربع ذلك الثمن إلى غرماء العبد ويكون لهم فى ذمة العبد ما يبقى من دينهم بعد ذلك ؟

فإذا قال رجل : أنا آخذه بعشرة على أن فى ذمته اثنتى عشر ديناراً ونصف .

قيل : من يأخذه بأكثر من عشرة على هذا التنزيل ، لأن العبد إذا بيع بعشرة كان لغرمائه [ق / ٧٧ جـ] ربعها يحسب عليهم من دينهم فيبقى لهم اثنا عشر ديناراً ونصف [دينار] ^(٢) فهى التى تكون لهم فى ذمة العبد .

فإن قال رجل آخر : أنا آخذه بأحد عشر على أن يكون فى [ذمته] ^(٣) اثنا عشر ديناراً وربع .

يقال : فمن يأخذه باثنتى عشر على أن يكون فى [ذمته] ^(٤) اثنا عشر ؟

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من أ .

(٣) فى أ : ذمة العبد .

(٤) فى أ : ذمة العبد .

فإن أصيب ذلك ، قيل : فمن يأخذه بثلاثة عشر على أن يبقى في [ذمته] (١) اثنا عشر ديناراً غير ربع .

فإن أصيب ذلك قيل : فمن يأخذه بأربعة عشر ديناراً على أن يبقى في [ذمته] (٢) أحد عشر ديناراً ونصف ، فهكذا ينادى عليه حتى يقف على ثمن لا زيادة فيه فيباع به ويكون لغرماء العبد ربع ذلك الثمن. ويبقى لهم في ذمة العبد ما بقى لهم من دينهم بعد الذى أخذوه من ربع ثمنه وإن كان [قيمة العبد] (٣) ستين ديناراً فأكثر بيع بغير [ق / ١٧٧] اشتراط دين فأخذ غرامؤه من ثمنه خمسة عشر وأخذ غرماء السيد دينهم فإن بقى بعد دين العبد ودين السيد شيء من ثمنه كان لسيده .

وذكر عن أبى القاسم بن شبلون أنه قال : إنما يباع العبد لغرماء سيده فيأخذ غرماء سيده ثمنه كله في دينهم ولا يدخل معهم فيه غرماء العبد بحال ، وذكر له ما وقع فى آخر كتاب الحمالة لابن المواز وما جرى فى « المستخرجة » من هذا مما يوافق كلام أبى محمد ، فقال : [هذا] (٤) خلاف ظاهر ما فى « المدونة » .

قيل له : أرأيت إن لم يكن على السيد دين إلا دين عبده وعلى العبد دين مقدار الذى له على سيده ولا مال للسيد غير العبد هل يباع العبد على سيده فيما للعبد عليه ويأخذ غرماء العبد من ثمنه مقدار ما وجب للعبد على سيده .

فقال : لا يباع لهم العبد بحال ولا شيء لهم فى ثمنه وإنما يبقى دينهم فى ذمة العبد بحاله ويبقى العبد رقاً لسيده .

قال عبد الحق : مثال ما ذكر ابن القاسم فى مسألة الزرع المرهون إذا كان ثمن الزرع أقل من دين المرتهن : أن يكون للمفلس غريمان سوى مرتهن الزرع لكل واحد منهما عشرة ولمرتهن الزرع عشرة أيضاً ومال [المفلس] (٥) [الزرع] (٦) وخمسة

(١) فى أ : ذمة العبد .

(٢) فى أ : ذمة العبد .

(٣) فى أ : قيمته .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى ج : الميت .

(٦) سقط من أ .

عشر ديناراً [فأخذ كل واحد خمسة وبقي لكل واحد من دينه خمسة فحل بيع الزرع فيبيع فكان ثمنه] ^(١) خمسة دنانير فمرتتهن الزرع أولى بهذه الخمسة ؛ لأنها ثمن رهنة وبقيت له خمسة بها كان يجب أن يحاصص أولاً فهو قد كان حاصص [أولاً] ^(٢) بعشرة فيؤتف الحصص الآن ، ويقال : هذا غريم له خمسة ولغريمين آخرين عشرة عشرة ومال المفلس خمسة عشر ، فالخمس عشرة على هذا مقسومة على خمسة أجزاء لمرتتهن الزرع جزء منها ولكل واحد من صاحبيه جزآن لأن لكل واحد مثلي ما يجب له ؛ إذ لكل واحد منهما عشرة وإنما له خمسة فيقع له من الخمسة عشر ثلاثة دنانير وهو خمسها وقد كان قبض في [المحاصة] ^(٣) أولاً خمسة دنانير فيرد دنانيرين فيتحصص فيها صاحباها لكل واحد منهما دينار [دينار] ^(٤) لتساوى حقهما ، هذا الترتيب الذى وقع في « المدونة » ، وعلى ترتيب يحيى بن عمر إنما يقال للمرتتهن : قد ظهر [لك] ^(٥) أنه إنما يجب أن تحاصص بخمسة ، فاقبض مما كنت أخذت في المحاصة نصف حقك وهو ديناران ونصف كما كان قد قبض كل غريم نصف حقه ويرد الدينارين ونصف الآخرين فيتحصص فيها هو وصاحباها كمال طراً للمفلس ، فيتحصل له فيها نصف دينار ولكل واحد من صاحبيه دينار ، فقد حصل له ثلاثة دنانير ، وكذلك حصل له على ترتيب ابن القاسم فالمعنى واحد ، وإن كان الترتيب من ابن القاسم ويحيى بن عمر مختلف [فى اللفظ] ^(٦) ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : سقى الزرع المرهون على ربه ، فإذا أفلس ربه لم يكن

للمرتتهن أن يقول : يحاصص بالسقى الذى هو واجب عليه ؛ لأن السقى شيء غير مقبوض فلا حصاص له به ، وهكذا قال بعض شيوخنا من القرويين .

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من أ .

(٣) في أ : المقاصة .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : لنا .

(٦) سقط من ج .

قال : اعلم أنه إذا ابتاع أمة فولدت عنده ثم باع الأمة خاصة وبقي الولد ثم أفلس البائع أخذ الولد بحصته من الثمن ، بخلاف إذا ماتت الأم هاهنا يأخذ الولد بجميع الثمن إن شاء أو يحاصص ، وذلك أن في البيع قد أخذ الثمن عوضاً من الأمة .

قال غير واحد من [شيوخنا من أهل بلدنا وغيرهم] (١) : ويقوم الولد على هيئته اليوم لو كان مع أمه يوم عقد الصفقة ، فهكذا يعرف ما يقع عليه من الثمن .

قال عبد الحق : فأما إن بيع الولد أو مات وبقيت الأم ثم [أفلس] (٢) فيأخذ الأم بجميع الثمن ، ولا يفترق هاهنا موت الولد من بيعه بخلاف الأم التي ذكرنا أن الموت والبيع فيها مفترق على [ما بينا] (٣) ، وهذا منصوص في غير « المدونة » على حسب ما ذكرنا ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كانت الهبة للشواب قائمة فسواء [أفلس] (٤) الموهوب له أو مات الواهب أولى بها من الغرماء ، وأما إن فاتت فأما في التفليس فله أخذها وأما في الموت فليس له أخذها ، فإذا فاتت صار ذلك كالبيع لأن القيمة ترتبت فيها ووجبت كوجوب الثمن في البيع في ذمة المشتري بعقد البيع ، وهذا بين ، فاعلم [ق/١٧٨] .

تم كتاب التفليس بحمد الله وحسن عونه

(١) في أ : شيوخ صقلية .

(٢) في أ : فلس .

(٣) في أ : حسب ما ذكرنا .

(٤) في أ : فلس .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب المأذون

قال : ومن خلّى [بين عبده] ^(١) وبين التجارة ، تاجر فيما شاء ولزم ذمته ما دأين الناس به من جميع التجارات ، لأنه أقعده للناس ولا يدرى الناس لأى أنواع التجارات أقعده .

قال بعض [شيوخرنا من أهل بلدنا] ^(٢) : لو أذن له فى نوع من التجارات وأشهر ذلك [وأعلمه] ^(٣) لم يلزم ماله ما دأين فى غير ذلك النوع ، وظاهر «الكتاب» يؤيد ما قال لشرطه ولا يدرى الناس لأى أنواع التجارات أقعده ، فإذا أعلن ذلك وأشهره فقد علم لماذا أقعده ، كما أنه إذا حجر عليه وأشهر ذلك لم يلزم ماله ما تدأين [به] ^(٤) بعد الحجر ولا يعذر من لم يعلم بتحجير السيد إذ إنما عليه الإعلان والإشهار وقد فعل ذلك .

روى أصبغ عن ابن القاسم فى « العتبية » فىمن استأجر عبده بمال وأمره ألا يبيع إلا بالنقد ويشتري به فداين الناس : إنهم أحق بما فى يديه وإن لم تكن هى أموالهم بعينها .

قال أصبغ : لأنه مأذون حين أطلقه على البعض وكمن أذن له ألا [يتاجر] ^(٥) إلا فى البر [فيتاجر] ^(٦) فى غيره .

قال ابن القاسم : فإن قصر ما فى يديه عن دينهم فإنى أستحسن أن يكون ذلك فى ذمته ، وفيه ضعف .

(١) فى أ : بينه .

(٢) فى أ : شيوخ صقلية .

(٣) فى أ : أعلنه .

(٤) سقط من جـ .

(٥) فى أ : يتجر .

(٦) فى أ : فيتجر .

وقال سحنون : هو كما شرط السيد ليس له أن يتعداه كما لو أعطاه قراضاً كان به مأذوناً ، وحكم [المقارض] ^(١) ألا يبايع بالدين فكذلك إذا اشترط عليه ألا يبيع بالدين لم يجز على سيده تعديه .

قال عبد الحق : فيحتمل أن يكون هذا الخلاف إذا لم يشهر ذلك و [لم] ^(٢) يعلنه ، والله أعلم .

قال عبد الحق : اعلم أن من أقعد عبده صانعاً مثل عمل القصارة ونحوها فأفسد شيئاً لا يلزم ذلك في أجرته التي يأخذها ، لأن أجرته خراج للسيد لا يتعلق فيه الدين ، فاعلم .

ولا يكون أيضاً ذلك الذى لزمه فى آلة القصارة التى يستعين بها عليها إن كان السيد قد أعطاه ذلك ليستعين به لأن ذلك كعارية من السيد له .

حكى بعض القرويين عن الشيخ أبى الحسن أنه قال : معنى قوله فى «الكتاب» : (يكون دين المأذون فى مال وهب له أو تصدق به عليه [ق/٧٨ج] ليقضى به دينه) فحيثذ يكون لغرمائه أخذه ، وأما إن لم يوهب له لذلك فهو بمنزلة ما اكتسبه من غير التجارة .

وحكى عن أبى محمد بن أبى زيد : أن ذلك سواء وهب له بهذا الشرط أو بغير شرط لغرمائه أخذه فى دينهم لأنه ليس من مال السيد ولا من كسب عبده .

قال عبد الحق : الذى علل به غير واحد فى أم ولد المأذون أنه لا يبيعها إلا بإذن السيد من أجل أنها قد تكون حاملاً وحملها للسيد فيكون قد باع شيئاً للسيد [من غير] ^(٣) أمره .

قال بعض القرويين : ولا يلزم هذا فى أمة يطأها المأذون ، لأن أم الولد قد صارت خزانة للسيد لإيلادها فى المتقدم ، وكأن سيد المأذون أوقفها للولد ، ومن

(١) فى أ : القراض .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : بغير .

الناس من قال : لما كان العبد إذا عتق تكون له أم ولد على قول قائل لم يبيعها لذلك إلا [بإذن] ^(١) السيد ، والتعليل [الذى ذكرنا أولاً] ^(٢) أصوب .

فإن اعترض عليه بأنه [قد] ^(٣) قال : يبيعها فى دينه وإن لم يستأذن سيده وهى فقد يجوز أن تكون حاملاً .

فالجواب : أن الدين متيقن وهى ملك للعبد حقيقة فلا وجه لاستئذان السيد فى أمر لا يتحقق أن له فيه حقاً وهو إنما يبيعها فى الدين بعد اشترائها ، فإن بيعت فى الدين ثم ظهر أنها كانت حاملاً [فقال : قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا] ^(٤) : للسيد أن يفسخ البيع ، وقال بعضهم : ليس للسيد فسخه لأن البيع قد وقع جائزاً فلا يرد .

فإن قيل : فقد قال فى المكاتب يبيع أم ولده إذا خاف العجز وهى قد تكون حاملاً وحملها مكاتب : يكون حكمه حكم أبيه ، فلم يشترط استئذان السيد .

فالجواب : أن بيع المكاتب إنما هو ضرورة لخوف عجزه فيبيعها فيما عليه من الكتابة فأشبه ذلك المأذون يكون عليه دين أنه يبيع ولا يستأذن السيد لأن كليهما يبيع فى حق عليه وأمر مطلوب به .

قال بعض شيوخنا من القرويين : اشترط فى مسألة الذى أسلم دنانير فى طعام ثم أفلس المسلم إليه إن شهدت عليها بينة لم تفارقه وكذلك ينبغى إذا قال : من بعض الطعام الذى أسلم فيه ورأس المال دنانير يحتاج أن تكون البينة لم تفارق ، وأما إذا فارقت البينة فيما ذكرنا [ق/ ١٧٩أ] ثم شهدت على أعيان الدنانير أنها هى فلا حكم لأعيانها ، بخلاف من استحق دنانير ، هاهنا إذا شهدت له بينة أنها [دنانير] ^(٥) كانت له ، وإن غاب عليها الذى أخذها لأن هذا مال أخذ على غير [طريق] ^(٦)

(١) فى أ : بأمر .

(٢) فى أ : الأول .

(٣) زيادة من أ .

(٤) فى أ : فقد قال بعض شيوخ صقلية .

(٥) فى أ : دنانيره .

(٦) سقط من ج .

الطوع من صاحبه فله أخذ عين شئيه الذى شهدت له به البينة ، وما ذكرنا أولاً مال طاع به صاحبه فاحتيج فى ذلك إلى أن لا تفارق البينة .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) : قوله : (يجوز إقرار المأذون بدين بعد الحجر عليه) يريد : إذا كان ذلك بقرب الحجر ، وأما إن لم يكن بالقرب فلا يقبل قول العبد فى ذلك .

وقال بعض [شيوخنا] (٢) : إذا حجر على المأذون ثم دفع إليه غريم له ديناً عليه وهو لا يعلم بتحجير السيد عليه فلا يعذر بذلك على قول ابن القاسم ، كالوكيل إذا قبض الدين بعد أن عزل أن الدافع يضمن ولا يعذر بأن لم يعلم بأن الوكيل عزل ، قال : وهذا إذا كان حين حجر عليه السيد ضرب على ماله وقبضه ، وأما إن حجر عليه وأبقى ماله بيده فيبرأ من قضائه وهو لا يعلم .

قال غير واحد من [شيوخنا من أهل بلدنا] (٣) : وإذا عجز المكاتب وبيده مال ، فإن كان قبل الكتابة مأذوناً له فى التجارة بقى على ذلك الإذن حتى يستأنف السيد الحجر عليه ، وإن كان محجوراً عليه فهو على ذلك إنما يرجع بعد العجز إلى أصل ما كان عليه [العجز] (٤) .

وقال غير واحد من القرويين : إنه لا يبقى مأذوناً ، لأن الإذن المتقدم عقد الكتابة أسقط حكمه فإذا عجز فهو كسائر العبيد لا يتصرف إلا بإباحة مستأنفة من السيد له .

قال عبد الحق : اعلم أن السيد إذا ادعى الثوب الذى أقر به العبد المحجور [عليه أنه] (٥) لفلان يحلف ، وصورة يمينه أنه إن قال : هو لى ، حلف على البت ، وكذلك إن قال : لعبدى ، يعلم أصل شرائه أو ملكه إياه ، وأما إن قال : هو [بيد عبدي] (٦) ، فيحلف ما أعلم لك فيه حقاً .

تم كتاب المأذون بحمد الله وعونه

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

(٢) فى أ : شيوخ صقلية .

(٣) فى أ : شيوخ صقلية .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : بيدي .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحمالة

قال الله عز وجل : ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ (١) ، يريد حميل فهذه حمالة المال ، وقال تعالى فى قصة يعقوب : ﴿لَن أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ﴾ (٢) ، فهذا ضمان لعينه وحمالة [لنفسه] (٣) .

قال عبد الحق : واختلف [شیوخنا من أهل بلدنا] (٤) : إذا قال له : أنا حميل أو زعيم أو كفيل ، لم يزد على هذا هل ذلك يقتضى المال أو محمول على حمالة الوجه إذا عرى الكلام من دليل على أحد الوجهين .

وأصوب القولين عندى - والله أعلم - : أن تكون على المال لأن النبى عليه السلام قال : « الزعيم غارم » (٥) أو كما قال ، فالحمالة تقتضى غرم المال حتى ينقل عن ذلك بأمر واضح يبرأ منه ، وأيضاً فوجدنا الحمال بالوجه تجر إلى المال فى بعض الوجوه ، فالأصل فى الحمالة المال حتى يشترط غير ذلك أو يكون اللفظ الجارى إنما يقتضى الوجه فيحتمل الأمر عليه ، [والله أعلم] .

وإذا قال : تكفلت لك بزيد ، وقد أقر زيد بذلك وقال الذى له الحق : إنما

(١) يوسف : ٧٢ .

(٢) يوسف : ٦٦ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : شیوخ صقلية .

(٥) أخرجه الترمذی (١٢٦٥) وابن ماجه (٢٤٠٥) وأحمد (٢٢٣٤٩) والدارقطني (٤٠/٣) والطيالسي (١١٢٨) والطبراني فى «الكبير» (٧٦٢١) وسعيد بن منصور (٤٢٧) وعبد الرزاق (١٤٧٦٧) وابن أبى شيبه (٣١٦/٤) والبيهقي فى «الكبرى» (١١١٧٤) والقضاعي فى «مسند الشهاب» (٥٠) وابن الجارود فى «المنتقى» (١٠٢٣) وتام فى «الفوائد» (٣٨٤) من حديث أبى أمامة .

قال الترمذی : حسن غريب .

وقال الألباني : صحيح .

تكفلت لى بعمرو ، فالقول قول الكفيل ، ويحلف ، ولا تلزمه الكفالة بعمرو ولا يجب لصاحب المال الرجوع على زيد بما أقر له به ، لأن صاحب المال أنكر أن يكون له عنده شيء [(١)] ، وأما إن اختلفا فقال الطالب : شرطت عليك الحماله بالمال ، وقال الكفيل : بل شرطت أنا الحماله بالوجه ، وقد أحضر الغريم معدماً ، فينبغى أن يكون القول قول الحميل ، لأن الطالب يدعى انشغال ذمته فعليه البيان على أصلهم فى التداعى ، والله أعلم .

قال فى « الكتاب » : إذا قال رجل لرجل : أنا كفيل لك بما قلت إنه لك على فلان ، فاتى فلان وأنكر لم يلزم الكفيل شيء حتى يثبت ذلك بيينة .

قال محمد : لا بإقرار المطلوب ، معناه : إذا كان المطلوب معسراً ، وأما إن كان المطلوب موسراً فلا تهمة فى ذلك ، لأنه إن أخذ الكفيل بالغرم على أحد قولى مالك فالكفيل يرجع عليه وأما فى القول الآخر فالمطلوب المبدى بالغرم ، وهذا بين فاعلم .

قال عبد الحق : وهذا القول الذى ذهب فيه إلى أن المطلوب المبدى بالغرم وأنه إنما يرجع على الكفيل فى عدم المطلوب أولى القولين ، وهو الذى اختار ابن القاسم ، وذلك أن الحميل إنما أخذ توثقه فأشبهه [ق/ ١٨٠] الرهن ، فلما كان لا سبيل إلى [غلق] (٢) الرهن إلا عند عدم المطلوب فكذلك لا سبيل على الكفيل إلا عند عدم المطلوب ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا حلف الكفيل أنه لا يعلم جملة الدين لغيبية المطلوب فهو وإن نكل فيغرم بعد رد اليمين على الطالب ، فإن حلف الطالب وأخذ ما حلف عليه ثم قدم المطلوب لم يغرم الكفيل ما غرم إلا أن يقر بذلك ، وللكفيل أن يحلف المطلوب فإن نكل أغرمه ما غرم ، هكذا حفظت عن بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٣) .

قلت له : فكيف يغرم وهو يقول : لو كانت الدعوى بينى وبين الطالب فنكلت

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : شيوخ صقلية .

لم أغرم حتى تحلف وأنت إنما حلفتني بسببه ودخلت مدخله فكيف أغرم من غير رد يمين؟

فقال له : قد حلف الطالب أولاً واستوجب الحق فلا مقال لك في يمينه وإن كانت يمينه على غير الرتبة فقد تغيرت الرتبة لضرورة غيبة المطلوب ، وقد نجد مثل هذا في الأصول وذلك في الصبي يقوم له شاهد على حق فإن المطلوب [ق/ ٧٩ ج] يحلف [وإن كانت الرتبة قد تغيرت لضرورة غيبة المطلوب يحلف] ^(١) وإن كانت الرتبة يمين المدعى للشاهد فذلك ضرورة لصغر الصبي ، ثم إذا كبر الصبي له أن يحلف مع شاهده فلم تتغير الرتبة اختیاراً فما قدمنا مثله ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين في مسألة المختلفين في الألف المقبوضة هل هي من القرض أو الكفالة : إنما يصح ما ذكر ابن القاسم من قسمة الألف على الحقين إذا كان المطلوب حين قبض الألف معسراً والآن حين تنازع الكفيل والقابض موسراً ، فأما إن كان الآن معسراً فالقول قول القابض لأنه يقول له : أرأيت لو صدقتك أن الألف من القرض أليس لى طلبك بالكفالة لعسر المطلوب ، ولو كان حين الدفع موسراً والآن حين التنازع موسراً أيضاً فالقول قول الدافع أيضاً للألف ؛ لأنه لما كان المطلوب موسراً لم يتعلق على الحميل غرم فالقابض يدعى أنه تبرع له بدفع الكفالة فهو معروف يدعيه قبله لا يصدق فيه فالمسألة على ثلاثة أوجه كما بينا ، فتدبر ذلك تجده [صحيحاً] ^(٢) إن شاء الله .

قال عبد الحق : وسواء على قول ابن القاسم كان حين الدفع قد قال : قضيتك وبينت لك ، وقال الآخر : شرطت عليك ، [أو] ^(٣) اتفقا أن الأمر وقع بينهما مجملًا لم يبيناً شيئاً أن الألف مقسومة على الحقين كما ذكر ، وكذلك في «كتاب ابن المواز» ويحلفان جميعاً .

قال محمد : ومن نكل منهما كان القول قول الحالف ، فإن حلفا جميعاً أو

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : و .

نكلا جميعاً قسم ذلك على الحقين على قول ابن القاسم وروايته .

قال محمد : ذكر ابن القاسم مثله عن مالك في حقين أحدهما برهن والآخر بلا رهن ، وقال ذلك أيضاً مالك في حقين أحدهما بلا حمالة والآخر بحمالة قال مالك : وكذلك حق بيمين وحق بلا يمين .

قلت : فإن ادعى أحدهما أنه بين عند القضاء ، وقال الآخر : ما بين أحدا شيئاً .

قال أصبغ في هذا : القول قول من ذكر أن ذلك كان [مبهماً] ^(١) إلا أن يكون لمن ادعى أنه قد كانا بينا عند القضاء بينة .

قال أبو محمد : وهذا خلاف مذهب ابن القاسم ، وهو مذهب أشهب وعبد الملك .

قلت : فإن أقر جميعاً أنه كان منهما بلا شرط بينهما ولكن كان ذلك نياتنا . قال : هذا لم يختلف فيه ابن القاسم وأشهب أن ما اقتضاه يقسم على الحقين جميعاً .

قال عبد الحق : وإنما تصح المسألة إذا لم يحل الحقان أو كانا قد حلا جميعاً . فأما إن حل أحدهما ولم يحل الآخر فالقول قول من ادعى أن الألف من الحق الحال كان القابض أو الدافع مع يمينه ، وهذا في كتاب ابن المواز مذكور ، فاعلم .

قال يحيى بن عمر في مسألة الشريكين في اللذين يغيب أحدهما فيقضى الإمام للحاضر بما ينوبه في المحاصة إذا لم يكن عنده إلا قدر حقه : ذهب ابن القاسم إلى أن يقضى له بما ينوبه ويقر الباقي بيد الغريم ، ولا يعجبني .

قال أبو محمد : لعل ابن القاسم يعني أنه يقضى بالقسم للحق للضرورة فيصير هذا أولى بحصته .

قال عبد الحق : وقع في لفظ ابن القاسم : إن جهل فقضى له بجميع حقه كان للغارم الدخول معه لأنه كالتفليس [ق/ ١٨١] .

(١) في أ : بينهما .

وقال غيره : يدخل عليه الغارم قضى له به كله أو [ببعضه] ^(١) لأنه كالتفليس [فمثل] ^(٢) كل واحد منهما بالتفليس ، وأرى ابن القاسم إنما وقع تمثيله بالتفليس فى القضاء بما ينوبه فى المحاصة وتمثيل الغير بالتفليس إنما أراد به فى خطأ الإمام فى فعله لتركه نصيب الغائب بيد الغريم ؛ لأن سبيل التفليس أن يوقف للغريم الغائب حقه ففعل السلطان غير جائز عنده فكان كالتفليس الذى لا يستبد فيه غريم بما قبض ، وقد ذكرنا هذه المسألة وما يلتبس بها مما هو غير مشتببه لها فى غير هذا الكتاب .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا كان دين الشريكين مائة دينار فكان بيد المطلوب ثمانون فقضى للحاضر بخمسين ، فإن الغائب إذا أبى يرجع على صاحبه بنصف ما قبض ولا يرجع بنصف الزائد على الأربعين خاصة لأن [ذلك] ^(٣) القضاء وقع فاسداً لما أعطاه خمسين وإنما كان يجب أن يعطيه أربعين ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : [اعلم أن] ^(٤) الفرق بين الذى يقول لرجل : احلف أن الدين الذى تدعى قبل فلان حقاً وأنا ضامن ، ثم يرجع قبل اليمين : إنه لا ينفعه رجوعه ، وبين القائل : دائن فلاناً فما دايته به من شيء فأنا ضامن له ، ثم يقول له قبل المداينة : لا تفعل .

فقد بدا لى فى الحماله أن ذلك له أن الذى أتاه قبل المعاملة لم يدخله فى شيء حتى تعامل فلاناً فيكون قد أدخله فى ذلك فيتعلق عليه ما ضمن والآخر قد أدخله فى ترك صاحبه وتسريحه ونفى الطلب عنه ، وأيضاً فإن الضمان أوجه بشرط اليمين التى هى إلى الطالب وقادر عليها بنفسه [والمعاملة لا تحسن منه بنفسه] ^(٥) حتى يعامله فلان وقد لا يرضى بمعاملته فلا تصح له مداينته [فافترقا] ^(٦) لهذا ، والله

(١) فى أ : بنصفه .

(٢) فى أ : حمل .

(٣) سقط من جـ .

(٤) سقط من جـ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : فيفترقان .

أعلم .

ولأن الذى قيل له [لما حلف] ^(١) يقول للضامن : إنما ضمننت لى حقًا تقدم وأمرًا وجب لى .

وأما الذى قيل له : عامل فلائًا ، لم يجب فى ذلك الحق بعد لأن المدائنة لم تكن فليس ما وجب فى الماضى كأمر يستأنف ولم يجب ، فهذا مفترق والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى الحميل بعروض [تطلب] ^(٢) بها [فيشترىها] ^(٣) بضمن : فإنه يرجع [بالضمن] ^(٤) غلت العروض أو رخصت وليس للمطلوب أن يعطية العروض التى فى ذمته لأنه [فيه] ^(٥) علم أن الكفيل إذا طوّل فقد يشترى بضمن أو قد يكون عنده مثلها فيدفعها فعلى ذلك دخل فيغرم الثمن ولو كان الحميل تحمل عنه بغير إذنه فما هنا إنما ينبغى أن يطالبه بالأقل من الثمن الذى اشترى العروض به أو نفس العروض أى ذلك أقل فهو الذى على الغريم .

قال عبد الحق : (إذا أخذ منه حميلًا أو رهناً على أن يوفيه حقه إلى دون الأجل ، إنه جائز) إنما يصح هذا إذا كان الحق عينًا أو عرضًا من قرض ، فأما إن كان الحق عروضًا من بيع فلا يجوز لأنه « حط عنى الضمان وأزيدك » ، فاعلم .

قال أبو محمد بن أبى زيد فى مسألة الثلاثة الذين اشتروا سلعة وتكفل بعضهم ببعض فمات أحدهم فادعى ورثته أنه دفع المال وأقاموا شاهدًا : معنى قول ابن القاسم : لا يمين على الشريكين ، يعنى : إذا ادعى أن الميت دفع الثمن من ماله ويغرمان ما ينوبهما للبائع ، وذلك أن [المال] ^(٦) على جميعهم فى أنفسهم وهم حملاء بعضهم عن بعض ويغرم الورثة للبائع ما ينوبهم لنكولهم بعد رد اليمين على

(١) فى أ : احلف .

(٢) فى أ : إذا طلب .

(٣) فى أ : فاشترها .

(٤) فى أ : بذلك الثمن .

(٥) فى أ : قد .

(٦) فى أ : الثمن .

البائع أنه ما قبض من وليهم شيئاً ، وهذا إذا كان الميت ملياً بما ينوبهم اليوم فإن كان عديماً اليوم كان لهذين أن يحلفا ، وإن كان دعواهما أن الميت دفع الجميع من ماله ليبرئاً من حمالة الثلث الذى الميت به عديم ، فإن حلفا غرما الثلثين للورثة و غرم الورثة للبائع ثلث الحق مما قبضوا من الشريكين لنكول الورثة ، وإن ادعى أن الثمن من عندهما حلفا أن [لقد دفع الميت] ^(١) ذلك وبرئنا ورجع البائع على الورثة بما ينوبهم لنكولهم بعد أن يحلف البائع : أنه ما قبض من وليهم شيئاً ، وللشريكين أن يرجعا عليهم فيقولوا لهم : نحن دفعنا جميع الثمن للميت ، فإما أن تحلفوا على علمكم أنا ما دفعنا إليه شيئاً [ق / ٨٠ جـ] وتبروا وإن نكلتم حلفنا لقد دفعنا الجميع و غرمتهم [ثلثي جميع] ^(٢) الثمن لنا .

قال أبو محمد : وقوله فى أول المسألة : (لا يمين على الشريكين) يعنى [إذا] ^(٣) ادعى أن الميت دفع الثمن من ماله ، يريد : ولا يغرمان للورثة شيئاً من أجل قولهم : إن الميت دفع عنا الثلثين ، لأن الشريكين يقولان : الميت لم يشهد حين دفع وقوله : لم يدفع بحضرتنا وإنما بلغنا ذلك عنه فلا يلزمنا شيء للورثة بإقرارنا أنه دفع عنا ، والله أعلم .

قال عبد الحق : ورأيت لبعض الأندلسيين قال : هذه المسألة فيها نظر ، ويتنبى على أصولهم إذا حلف الشريكان أنهما دفعا إلى الميت ما لزمهما وأنهما أمراه [ق / ١٨٢ أ] بالدفع ، أن يكون للبائع أن يتبع ذمة الميت بحصة بعد أن يحلف أنه ما دفع إليه شيئاً ، وإن قال الشريكان : دفعنا إليه الجميع وأمرناه بالدفع عنه وعنا وحلفا على ذلك لكان لهما أن يتبعا ذمة الميت بحصة إذ لم يحلف ورثته وعلى الشريكين إذا حلفا أن يزيدا فيما يحلفان به ولقد دفع ما أمرناه بدفعه .

قال عبد الحق : فقلوه : إذا قالوا : (دفعنا الجميع من أموالنا وحلفا) يتبعان ذمة الميت خلاف ما تقدم من كلام أبي محمد ، فاعلمه .

(١) فى أ : أن الميت قد دفع .

(٢) فى جـ : ثلث .

(٣) سقط من جـ .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى مسألة العبد المتحمل بسيدته : إنما خير الطالب بين إتباع ذمة السيد فيباع العبد وبين إتباع ذمة العبد لأنه جعل ذلك كشيء واحد ذمة العبد وذمة [السيد] (١) .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٢) : هذا الذى قال ابن القاسم إنما يجرى على قول مالك أنه يتبع الكفيل إن شاء فى يسر الغريم ، ورأى أن ابن القاسم خالف أصله فى ذلك لأنه يقول : لا يطلب الكفيل إلا فى عدم الغريم .

قلت له : [لعل ابن القاسم رأى أن العبد لما كان غير مستقر الملك] (٣) جعل ذمة العبد وذمة السيد كشيء واحد ، فلذلك خير الغريم .

فقال : ليس كذلك ، لأن العبد على مذهبنا مالك وحكم ماله غير حكم مال السيد الذى بيده .

وقال لى بعض شيوخنا من القرويين : ليس هذا بخلاف لأصل مذهب ابن القاسم ، ولا جعل ذمة السيد والعبد كشيء واحد ، وإنما محمل المسألة أن السيد مات مفلساً ، إنما يريد أفلس وهو حى أو مات وهو مفلس فخير الطالب لأن الغريم إذا أفلس وخاف الطالب المحاصة له إتباع الكفيل ، فاعلم .

واعلم أنه إذا طالب السيد فبيع العبد فلم يف بالدين أن له مطالبة العبد بما بقى له ، كما أن الحر إذا تحمل برجل فلم يكن فى مال المطلوب وفاء بالدين أو له مطالبة الكفيل بما بقى ، فهذا مثله ، وقاله غير واحد من [شيوخنا] (٤) وهو بين فاعلم .

قال أبو محمد فى قول غيره : ليس له أن يطلب ذمة العبد إلا بما عجز عنه مال سيده : كيف يباع وأنت لا تعلم [كم] (٥) يبقى فى ذمته من الحماله فيبرأ منه على قول غيره : إنما يتبع ذمة العبد بما عجز عنه مال السيد ، والعبد هو من مال

(١) فى أ : سيده .

(٢) فى أ : شيوخ صقلية .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : شيوخ صقلية .

(٥) سقط من أ .

السيد فما له وجه إلا على التبعض في المزايدة ، مثل أن يكون الدين مائة فيقال : من يشتريه بخمسين على أن يبقى في ذمته خمسون ، فيقول رجل : أنا آخذه بستين على أن يبقى في ذمته أربعون هكذا حتى يقف على ثمن معلوم .

قال : اعلم أن ما يؤخذ من ثمن العبد [مسقط] ^(١) عن ذمته ، فإن كان على سيده أيضاً دين فما أخذ من ثمنه لأجل الدين فيه نصيب فما حصل لهم منه باق في ذمة العبد فتصير ذمة العبد في هذا عامرة بما عجز ثمنه عنه وبما أخذ أهل الدين .

مثال ذلك : أن يكون على السيد دين مائة دينار وتحمل العبد عنه بمائة دينار ، فيقال : من يشتري هذا العبد بمائة على أن يبقى في ذمته خمسون ، لأن المائة بين الغرماء نصفان فيحصل للذين تحمل لهم العبد من المائة خمسون تسقط عن ذمة العبد ويبقى في ذمته خمسون ، ويقول آخر : أنا آخذه بمائة وعشرين على أن يبقى في [ذمته] ^(٢) أربعون ، لأن العشرين التي زدنا بين الغرماء نصفان فيسقط عن ذمة العبد نصفها على هذا المعنى ، فتدبره .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا أوصى بعق جارية ولم يقل : إن حَمَلَهَا الثلث ، فكان ثمنها يزيد على الثلث الدينار أو نحوه يرق ذلك المقدار منها ، وليست كمسألة «الكتاب» لأنه شرط في مسألة «الكتاب» إن حَمَلَهَا الثلث وإلا فلا ، فاعلم أن المسألتين مختلفتان ، وكذلك قال بعض [شيوخنا] ^(٣) .

تم كتاب الحماله بحمد الله وحسن عونه .

(١) في أ : مسقوط .

(٢) في أ : ذمة العبد .

(٣) في أ : شيوخ صقلية .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحوالة

قال النبی علیہ السلام : « مطل الغنی ظلم ومن أتبع علی مليّ فليتبّع » (١) .

قال أبو محمد - رحمه الله : وقول الرسول عليه السلام « فليتبّع » على الندب . والله أعلم ، يدل عليه قوله : « مطل الغنى ظلم » فإذا أحاله فلم يرض فقد [مطله] (٢) لأنه مليّ بتعجيل حقه ، ولو كان يلزمك حوالة بغير رضاك كان لكل من أحلت عليه أن يحيلك إلى ما لا نهاية له فهذا الضرر ، ومن ناحية المطل الذي جعله الرسول عليه السلام ظلماً أو يحيلك على ملي متعد أو سلطان ونحوه .

قال عبد الحق : وقوله عليه السلام : « مطل الغنى ظلم ومن أتبع على ملي فليتبّع » يؤخذ منه أن الحوالة لا تكون إلا بما حل من الدين لا بما لم يحل لأن المطل إنما يكون بعد حلول الأجل وطلب الحوالة عند القيام بأخذ الدين ، والله أعلم .

قال عبد الحق : سألت بعض شيوخنا [ق/١٨٣] من القرويين : لم فصل في الحوالة بين أن يغرم من عدم أو لا يغرم ولم يجعل ذلك كالعيب في البيوع أنه سواء غرم منه أم لا تقام عليه ؟

فقال : البيوع على سبيل [التكايس] (٣) فغلظ على البائع فيها والحوالة على [طريق] (٤) المعروف فسهل على المحيل فيها حتى يغرم من عدم بعلمه فهذا خديعة منه فعليه الدرك [في ذلك] (٥) .

وقال في شرط تعجيل العتق في حوالة المكاتب للسيد : إنما سامح في ذلك

(١) أخرجه مالك (١٣٥٤) والبخاري (٢١٦٦) ومسلم (١٥٦٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) في أ : ظلمه .

(٣) في أ : المكايسة .

(٤) في أ : سبيل .

(٥) في أ : حيثنذ .

بتعجيل العتق ، لأن المأخوذ ثمن المعتق قصد به منفعة المعتق فسومح فيه ، وإذا لم يقع تعجيل العتق فهو باب مبايعة قصد به ابتغاء المنفعة فمنع منه .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا لم تحل الكتابة وأحال المكاتب سيده بها بشرط أن يعتق الآن معجلاً أو بشرط ألا يعتق ، لا يختلف ابن القاسم وغيره في هذين الوجهين إذا وقع الشرط [فإن] ^(١) أحاله وسكت عن شرط تعجيل العتق وعن شرط بقاء الكتابة فهأنا الاختلاف ، فعند ابن القاسم يفسخ ذلك ، يريد : ما لم يفت بالأداء ، وعند غيره يحكم بتعجيل عتق العبد .

قال عبد الحق : وقول ابن القاسم لما كره مالك بيع الكتابة من أجنبي لشيء إلى أجل كرهنا الحوالة أيضاً .

هذا قياس فيه نظر ، وذلك أن الحوالة أمر بين السيد ومكاتبه أسقط عنه الكتابة واعتاض ما في ذمة الأجنبي فالأجنبي لا فرق بين أن يؤدي ذلك للمكاتب أو لسيدته فلم يقع بين السيد وبين الأجنبي مبايعة إنما وقع ذلك بينه وبين عبده ، وأما في بيع السيد للكتابة ، فهذه معاملة بينه وبين أجنبي لا بينه وبين عبده ، فهذا مفترق ، والله أعلم .

تم كتاب الحوالة بحمد الله وعونه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الرهن

اعلم أن حوز الرهن إنما لم يتم إلا بمعاينة البينة لذلك ، ولم يجز في ذلك إقرار المتراهنين لتعلق حق الغرماء به [ق/ ٨١ جـ] إن طرؤوا ، وذلك أنه يتهم أن يقول له : دعنى أنتفع به ، ونشهد لك أنك قبضته فتكون أحق به من غرمائى .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا أذن المرتهن للراهن فى العروض التى

يزال بها أن ينتفع بها لم تخرج من الرهن بنفس الإذن دون أن يحاز ، بخلاف ما لا يزال به من الرياء لأن العروض التى يزال بها هى فى يده فلا يكون إذنه فيها تسليماً حتى تحاز دونه ، فاعلم ذلك .

قال : وإذا ضاع الرهن وهو عما لا يغاب عليه ولم يعلم ذلك إلا بقوله ، لا بد من يمينه كان متهماً أم لا ، وكذلك فى عارية ما لا يغاب عليه ، وكذلك فى المبيع الخيار وضياع الشيء [المستأجر] ^(١) وذلك أن هذه الأشياء إنما أخذها لمنفعة نفسه ، فسواء كان متهماً أم لا ، يحلف ، بخلاف الوديعة التى لم يقبضها لمنفعة نفسه وإنما المنفعة لصاحبها فى حفظها له وصيانتها .

فإن اعترض على ما قلنا بالقراض إذا ادعى ضياعه أنه لا يحلف فيه إلا أن يكون متهماً وهو قبضه لمنفعة نفسه ؟

فالجواب : أن هذا ليس له منفعة [متيقنة] ، وذلك أنه قد لا يكون له ربح يجب

له منه شيء ، فرأس المال يرد لا منفعة [^(٢)] له فيه فليس كالأشياء التى قدمنا التى ينتفع بها حقيقة ، [والله أعلم] ^(٣) .

وقال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(٤) فى ضياع الرهن الذى لا يغاب

عليه : قيل : إنه يحلف ، وقيل : [إنه] ^(٥) لا يحلف .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من جـ .

(٣) فى أ : فاعلم .

(٤) فى أ : شيوخ فى صقلية .

(٥) سقط من جـ .

قال : [وتفترق] ^(١) عندى صورة اليمين فى المتهم [وغيره] ^(٢) ، فأما المتهم فيحلف . لقد ضاع وما فرطت ولا تعديت ، وأما غير المتهم فيحلف ما ضيعت ولا فرطت ولا يحلف على الضياع وهو مصدق فيه .

اعلم أنه إنما لم يجعل الثمر مع الأصول فى الرهن ، وإن كان قد طاب وجعل الصوف رهناً مع الغنم إذا كان قد كمل يوم الرهن ، لأن من باع نخلاً فيها ثمر مأبور ثمرها للبائع ، ومن باع غنماً عليها صوف هو للمشتري ، فلما افترقا فى البيع وجب أن يفترقا فى الرهن .

فإن قيل : فهلا قست مسألة الصوف على مسألة الثمر ؛ لأن الثمر فيه شبه وليس فى مسألة الغنم شبه ؟

فقل : إن الثمرة تكونت بعمل البائع ونفقته فكانت له والصوف ليس له فيه شبه مع أن الإجماع على مسألة الصوف ، وهكذا قال لى بعض [شيوخنا من غير أهل بلدنا] ^(٣) لما اعترضت عليه بما وصفته .

وقال لى بعض القرويين : إذا رهنه نخلاً فيها ثمر قد ييس يجب أن يكون للمرتهن كالصوف التام ، وذلك أنه إنما فرق بين المسألتين ؛ لأن الثمرة تركت لتزداد طبيياً فهى غلة له لم يرهنها إياه والصوف فلا معنى لبقائه ، فلما سكت عنه كان تابعاً للغنم رهناً [ق/ ١٨٤] معها ، فإذا كان الثمر يابساً يتأتى فيه الجذ ولا معنى لتأخيره فسكت عنه فهو رهن مع الأصول كالصوف سواء ، والله أعلم .

قال عبد الحق : ذكر فى مسألة من تكفل وأعطى رهناً فهلك عند المرتهن وهو مما يغاب عليه : « أنه إن كانت قيمته كفاف الدين فقد استوفى المرتهن حقه وترجع أنت على الذى عليه الحق بقيمة رهنك » يحتمل أن يكون معنى هذا أن الذى عليه الدين معدوم فتكون الحماله متوجهة والرهن أخذه [سائغ] ^(٤) من أجل ذلك ؛ فأما إن

(١) فى أ : وتختلف .

(٢) فى أ : وغير المتهم .

(٣) فى أ : شيوخ صقلية .

(٤) فى ج : مانع .

كان الغريم موسراً فالحمالة لا تلزم ورهنه لا يجب أخذه ليسر الغريم فينبغي حينئذ أن لا يتم ما قال إلا برضا الذى له الرهن ، فإن لم يرض فله إتباع الطالب الذى ضاع الرهن عنده بقيمته ؛ لأن الذى ادعى ضياعه [متهم] ^(١) أن يحبسه استعجالاً لحقه من هذا دون غريمه فلا يمكن من ذلك ، ونحا بعض شيوخنا من القرويين [فى هذه المسألة : إذا ضاع الرهن] ^(٢) والدين لم يحل أجله والرهن كفاف الدين إن المرتهن قد استوفى حقه ولا حجة عليه أنه كمقتضى دين قبل أجله .

قال : لأنه إنما اتهم لغيبته عليه ونحن لا [نتيقن] ^(٣) أنه احتبسه أو تعدى فيه .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كان الرهن بيد عدل فأمره السلطان ببيع الرهن ليأخذ المرتهن حقه ، فقال : بعته وضاع [منى] ^(٤) الثمن ، ولم يثبت بيعه إياه إلا بقوله فإن الراهن لا يبرأ من الدين ؛ لأن صاحب الدين لم يأتمنه على هذا البيع والثمن الذى قبض وإن كان يبرأ من الضمان لتوكيل السلطان إياه فلا يزول الدين من ذمة الراهن حتى يثبت بيع العدل إياه ببينة ، وذكر أن غيره يخالفه [فى هذا] ^(٥) ويقول : ضمان الثمن الذى ادعى العدل ضياعه من المرتهن .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا دفع إليه رهناً بكل ما أقرض لفلان فما دأين به فلاناً من قليل أو كثير كان الرهن به رهناً ما لم يكن ذلك أكثر من قيمة الرهن ، ولا يراعى فى هذا ما دأين به مما يشبه أن يدأين به ، بخلاف مسألة كتاب الحمالة إذا قال له : دأين فلاناً فما دأيت به من شيء فأنا ضامن له ، لأن الأول قد أعطاه ما يستقرض عليه ، فكأنه إنما أباح له الاستقراض على قيمة ما دفع إليه فأقل ، والله أعلم .

قلت لبعض شيوخنا من القرويين : إذا افتك العبد الجانى المرتهن فكان على

(١) فى أ : يتهم .

(٢) فى أ تقديم وتأخير .

(٣) فى أ : نوقن .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

قول ابن القاسم إنما يباع بعد حلول الأجل من ينفق على هذا العبد .

فقال : نفقته على السيد الذى كان ينفق عليه قبل ذلك ؛ لأن حكمه قد بقى على أصل ما كان عليه . اعلم أنه إذا [قال] ^(١) المرتهن نؤدى أرش الجناية من مال العبد وأبى ذلك الراهن فذلك للراهن كان مال العبد مشروطاً كونه رهناً أم لا ؛ لأن المال إذا قبضه أهل الجناية فقد يستحق فيتعلق على السيد غرم مثله لأن رضاه بدفعه إليهم كدفعه ذلك من ماله وهو لو دفع أرش الجناية من ماله فاستحقت غرم مثلها ، فأما إن أراد الراهن ذلك وأبى المرتهن فينظر إن كان لم يشترط المرتهن كون المال رهناً فلا كلام له ، وإن اشترط [كونه] ^(٢) رهناً فإن دعا إلى أن يفتديه كان ذلك له ، وإن أسلم العبد فذلك للراهن ؛ لأنه يقول له : أنت قد أسلمته وأهل الجناية يأخذونه بماله إذا أسلم فى الجناية فلا حجة لك فى ماله إذا رضيت أنا بدفع الأرض من مال العبد ، فاعلم ذلك .

قال بعض شيوخنا من القرويين : قوله : اتفق على أن نفقتك فى الرهن وأنفق بما أنفقت رهناً ، سواء لا فرق بين ذلك ، وذكر أن ابن شبلون كان يفرق بين ذلك ويرى أن ذلك الذى يقتضيه ظاهر «الكتاب» .

قال عبد الحق : ويؤيد أنه لا فرق بين اللفظين : قوله فى كتاب الوكالات فى مسألة الذى أمره أن يشتري له وينفذ عنه ويحبسه حتى يدفع إليه الثمن ، فقد جعله بلفظ احبسه بسبيل الرهن وهو [لم] ^(٣) يقل : والذى يشتري بالثمن الذى ينفذ عنى رهناً ، وقوله : احبسه ، وقوله : نفقتك فى الرهن ، هو سواء ، لأن القائل : نفقتك فى الرهن ، إنما معناه تحبسه حتى يدفع إليك ، وهذا بين ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى المرتهن ينفق على الرهن والراهن غائب : يطالبه بجميع ما أنفق وإن جاوز قيمة الرهن وليس كمسألة الضالة ونحوها ؛ لأن صاحب الرهن قد تركه وعلم أنه محتاج إلى النفقة عليه فهو كالإذن فى ذلك فلا حجة له .

(١) فى ج : أبى .

(٢) فى أ : كون المال .

(٣) فى أ : فلم .

قال : إذا رد المرتهن الرهن للراهن بعارية أو إجارة ، إنما فرق ابن القاسم [ق/ ١٨٥] بين ذلك لافتراق السؤال ، وذلك أن معناه فى العارية أنها غير مؤجلة فليس له أخذه بعد دفعه إليه إلا أن يعيره على ذلك ، ولو كانت العارية [مؤجلة] ^(١) إلى [أجل] ^(٢) أخذها بعد [ق/ ٨٢ج] انقضاء الأجل والإجارة هى مؤجلة فله أخذها بعد حلول الأجل ، وليس له أن يأخذها قبل تمام الأجل ، فإذا اتفق السؤال على ما وصفنا فلا فرق بين ذلك ، والله أعلم .

قال : ومسألة المختلفين فى المائة المدفوعة هل هى التى فيها الرهن أو التى لا رهن فيها . إنما تصح إذا كانت المائتان حالتين ، فأما إن كانتا مؤجلتين فالقول قول الدافع للمائة لأنه يقول : إنما قصدت تعجيل المائة لأخذ الرهن ، فالقول قوله ولا تقسم المائة وهى بخلاف مسألة كتاب الكفالة : إذا اختلفا هل المائة المقبوضة من القرض أو [من] ^(٣) الكفالة ، هاهنا تقسم على الحقين إذا كانتا مؤجلتين كمثل إذا كانتا حالتين ، بخلاف المسألة التى قدمنا لعذرهما بما وصفنا من أنه يقول : عجلتها لأخذ الرهن ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أخذ الوصى رهناً من يتيم له إلى يتيم آخر فى مبايعة باعها من أحدهما للآخر لم يكن جائزاً للرهن ولا يجوز من نفسه لنفسه ، وجعل ذلك كأخذه رهناً لنفسه فى سلف أسلفه الوصى لليتيم ونحوه .

وقال : إذا طلق زوجته الأمة فوجب له نصف الصداق وقد أعتقها سيدها ، هذه المسألة بخلاف مسألة كتاب العتق : إذا باع العبد سلعة بأمر سيده واستحقت السلعة وقد [أعتق] ^(٤) السيد العبد ؛ لأن نصف الصداق هاهنا إنما وجب بالطلاق الحادث بعد العتق الذى الزوج محدثه ومبتدئ إيقاعه ، والثلث فى مسألة كتاب العتق أخذ غير جائز فهو لم يزل ديناً من حيث قبض ، ولو كان طلق قبل العتق فى هذه المسألة

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : الأجل .

(٣) زيادة من أ .

(٤) فى أ : عتق .

فالعق هاهنا وقع والسيد مديان فهى كمسألة كتاب العتق وقد ذكرناها فى غير هذا الموضع .

قال : وإذا رهنه رهناً فقال الراهن : يكون عندك ، وقال المرتهن : بل على يدى عدل ، يريد : ولم يشترطاً عند الرهن شيئاً فإنه يوضع على يدى عدل ، لأن المرتهن يقول : إذا أخذته وضاع ضمانته فلا يلزمنى إلا أن أرضى .

قال : ومثلها مسألة الطعام يكرى على حملة للمكرى أن يكلف ربه أن يمضى معه ؛ لأنه يحتج بالضمان فلا يلزم ذمته إلا برضاه .

حكى عن الشيخ أبى الحسن أنه قال فى شرط منفعة الرهن : إنما كره [مالك] (١) ذلك فى الثياب ؛ لأن إجارة الثياب جائزة ولا يضمن والرهن فيها جائز ويضمن ، فلما اجتمع هذان كرهه ، وأما الحيوان فقد جرى من [قول] (٢) مالك فيها قولان فى الرهن فى الضمان ، فلعل قوله هاهنا قاله إذا كان يرى الحيوان يضمن .

[قال] (٣) : قال غير واحد من [شيوخنا من أهل بلدنا] (٤) وغيرهم : إذا ضاع الرهن المشترط منفعته أمداً معلوماً وهو مما يغاب عليه ضمته ولا يكون كسائر الأشياء المستأجرة ؛ لأنه إنما أخذه رهناً فيغلب حكم الرهن فى وجوب ضمانه إذا هلك ، وخالف هذا [بعض شيوخنا من غير أهل بلدنا] (٥) وقال : لا ضمان عليه كسائر الأشياء المستأجرة ، والأول أصوب ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كسر الخللخين المرتهن فاستحسن إيجاب القيمة عليه وإذا تعدى عليهما رجل فكسرها فعليه ما نقصهما ، وذلك لأن المرتهن ضامن لهما لو هلكا فيجرى مجرى الغاصب إذا كسرها لحوزهما للرقبة ، بخلاف المتعدى الذى لم يحز الرقبة وإنما تعدى وأتلف شيئاً فيضمن مقدار ما أتلف ، فهذا

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : شيوخ صقلية .

(٥) فى أ : بعضهم .

الذى استحسن فى ذلك لما وصفته ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا شرط فى أصل عقد البيع إن لم يفتك

الرهن إلى الأجل فالرهن له بدينه ، فهو بيع فاسد ولا يبطل الرهن خاصة [ويجيز]^(١) البيع ، وإن كان بعد عقد البيع بطل الرهن خاصة وجاز البيع . واعلم أنه إذا اختلف الراهن والمرتهن إنما كان المرتهن مصدقاً إلى مبلغ قيمة الرهن يوم الحكم والتداعى لا يوم الرهن ؛ لأن الرهن بيد المرتهن كالشاهد فإنما أحيا شهادته [حين]^(٢) الحكم فوجب أن ينظر فى شهادته حين الحاجة إليها ، فأما إن كان الرهن قد ضاع فالقول قوله إلى مبلغ قيمته يوم قبضه ؛ لأنه كشاهد شهد ثم ذهب فإنما ينظر إلى شهادته حين شهد .

قال بعض [شيوخنا [ق/١٨٦] من القرويين]^(٣) : وإذا قال الراهن :

رهتكت فى عشرة ، وقال المرتهن : فى عشرين ، والرهن يساوى خمسة عشر فالرهن كشاهد بخمسة عشر ، فإنما يحلف المرتهن على خمسة عشر التى شهد بها شاهده لا على العشرين التى يدعى ويحلف [له]^(٤) المطلوب فيما بقى ، ولا يصح أن يقال : يحلف على العشرين التى يدعى ثم يأخذ خمسة عشر ، ومن عيب هذا القول أنه لو حلف على عشرين فوجب له أخذ خمسة عشر ويمين المطلوب على الخمسة [الزائدة]^(٥) فنكل المطلوب ، أليس يرد اليمين على الراهن فيصير يحلف مرتين على دعوى واحدة فهذا غير مستقيم .

قال عبد الحق : وأحفظ عن بعض [شيوخنا من أهل بلدنا]^(٦) : أنه إنما

يحلف المرتهن على جميع ما يدعى وإن كان الرهن قيمته أقل من دعواه .

(١) فى أ : ويجوز .

(٢) فى أ : يوم .

(٣) فى أ : شيوخ القيروان .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : شيوخ صقلية .

قال عبد الحق : قوله في الوصى يجد في التركة خمراً : (يهريقها بأمر الإمام خيفة أن يتعقب بأمر) إنما يعنى خوفاً من أن يكون الإمام ممن يرى تخليلها إذا رفعت إليه فيرفعها لذلك .

قال : قال بعض شيوخنا من القرويين : قوله : (إذا أعتق العبد الرهن قبل الأجل يعجل للمرتهن حقه) إنما ذلك إذا كان مما له تعجيله ، فأما إن كان الحق المؤجل مما لا يعجل إلا برضا من له ذلك مثل أن يكون عرضاً من بيع فلا يجبر على تعجيله ويبقى العبد رهناً في يديه إلى الأجل ، فاعلم .

[قال:] (١) : وإذا أعتق عبداً وعليه دين فرد الغرماء عتقه ، فقال العبد: نؤدى الدين ويتبع سيدى به فليس له ذلك ، بخلاف أجنبى يؤدى عن رجل ديناً ، وبخلاف الذى حمل صداقاً [عن] (٢) رجل ولم يدخل بزوجه فى هذا إن شاء [أن] (٣) يؤدى لها الصداق ويتبع ذمة الحامل به ، لأن العبد إنما يفعل ما يفعل لمنافع نفسه ليحصل له العتق فلا يرجع بذلك إذا أدى كمن فدى زوجته من بلد الحرب أنه لا يتبعها بشيء لأنه فدى منافعه .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا اشترى المأذون من قرابة سيده من يعتق عليه وهو عالم ينبغى أن ينفذ البيع فيه ويبيعوا عليه ولا تفسخ صفقة البائع فيظلم . وقال غيره من شيوخنا القرويين : يفسخ البيع ولا حجة للبائع إذا تعدى فى شرائهم عالماً .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى مسألة « الكتاب » : إذا أخذ من أجنبى مالاً فأنفقه فى الزرع المرهون : إنما يكون الأجنبى أحق بمبلغ نفقته إذا قال له : تنفقه فى هذا الزرع ويكون لك رهناً ، وأما إن لم يقل له فيكون لك رهناً وإن أخبره أنه [ينفقه] (٤) عليه فلا يكون أحق بذلك ؛ لأنه سلف فى ذمته .

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من جـ .

(٣) سقط من جـ .

(٤) فى أ : ينفق .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا سكن الأب المتصدق بالدار الأقل مضى الجميع للولد كان الولد صغاراً أو كباراً ، وإذا سكن الأكثر فإن كانوا كباراً صح لهم ما جازوا ، وإن كانوا صغاراً بطل الجميع ، وهاهنا فى هذا الوجه يفترق الصغار من الكبار .

وأحفظ عن بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا سكن أبو الأصغر بيتاً أنه على ثلاثة أوجه ، إن سكن أكثر من النصف بطل الجميع .

وإن سكن النصف صح ما لم يسكن وبطل ما سكن [ق/٨٣ج] ، وإن سكن أقل من النصف صح لهم ما سكن وما لم يسكن .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : وإذا سكن القليل وأبقى [الأكثر]^(١) خالياً لم يجز لهم ذلك حتى يكره للأصغر ؛ لأن تركه لكرائه منع له فكأنه أبقاه لنفسه فذلك كإشغاله إياه بسكنائه ، والله أعلم .

تم كتاب الرهون بحمد الله وحسن عونه

(١) فى أ : الكثير .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الغصب

قال الرسول عليه السلام : « الخراج بالضمان » ^(١) ، وقال : « من أحبى أرضاً مئة فهي له وليس لعرق ظالم حق » ^(٢) والغاصب هو من العرق الظالم .

قال ربيعة في « كتاب ابن حبيب » : العروق أربعة : عرقان فوق الأرض ، وهما : الغرس والبناء ، وعرقان في جوفها : المياه والمعادن .

وفي « كتاب ابن شعبان » : العروق أربعة : عرقان ظاهران وعرقان باطنان ، فالظاهران : البناء والغراس ، والباطنان : الآبار والعيون .

اعلم أن من تعدى على سلعة فأفسدها فساداً كثيراً فاختار ربها أخذها وأخذ ما نقصها إن كان ثوباً يأخذ ما نقص بعد أن يرفأ له إن كان مما يصلح فيه الرفو أو يخاط

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨) والترمذي (١٢٨٥) والنسائي (٤٤٩٠) وابن ماجه (٢٢٤٣) وأحمد (٢٤٢٧) وابن حبان (٤٩٢٧) والحاكم (٢١٧٨) والشافعي (٩١٧) والدارقطني (٥٣/٣) والطيالسي (١٤٦٤) وأبو يعلى (٤٥٣٧) و(٤٦١٤) وعبد الرزاق (١٧٦/٨) وابن أبي شيبة (٣٧٣/٤) والبيهقي في « الكبرى » (١٠٥١٩) والطحاوي في « شرح المعاني » (٥١٣٣) وإسحاق ابن راهويه (٨٥٠) وابن الجعد في « مسنده » (٢٨١١) وابن الجارود في « المتتقى » (٦٢٦) وتمام في « الفوائد » (٧٠٥) من حديث عائشة .

قال الترمذي : حسن صحيح .

وقال الحاكم : صحيح .

وقال الألباني : صحيح .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٠٧٣) من حديث سعيد بن زيد .

قال الألباني : صحيح .

وأخرجه الترمذي (١٣٧٩) وأحمد (١٤٣١٠) والدارمي (٢٦٠٧) وابن حبان (٥٢٠٢) وأبو يعلى (١٨٠٥) وابن أبي شيبة (٤٨٧/٤) والبيهقي في « الكبرى » (١١٥٩٤) والنسائي في « الكبرى » (٥٧٥٦) والدارقطني في « جزء أبي الطاهر » (٧٢) وابن الجوزي في « التحقيق » (١٦٠١) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه .

قال الترمذي : حسن صحيح .

وقال الألباني : صحيح .

إن كان مما تصلح فيه الخياطة ، وتشعب له القطعة أيضاً ونحو ذلك كما قال فى الفساد [ق/١٨٧] اليسير : أنه يأخذ الثوب وما نقصه بعد الرفو له ، فاعلم أن اليسير والكثير لا يفترق إذا أخذ ذلك فى رده على هيئته ما كان ثم يأخذ ما نقصه ، وأما الدابة وغيرها من الحيوان فليس على الجانى أن يغرم ما نقص بعد أن يداوى له ذلك .

والفرق بين المداواة وبين الرفو والخياطة ونحو ذلك مما قدمنا : أن ما يتفق على المداواة غير معلوم ولا يدرى هل يرجع إلى الهيئة التى كان عليها أو يتراخى الأمر إلى غير ذلك ، وأما الرفو والخياطة [ونحو ذلك] ^(١) فمحصل معلوم ما يتفق عليهما وهما فيرجعان إلى الهيئة بهذا الفعل فهذا مفترق ، والله أعلم .

واعلم أن الغاصب إذا تعدى على ما غصب أو حدث فيه عيب بغير عداء لرب ذلك أن يغرمه القيمة فيه وإن قل ما أحدث فى السلعة من عيب بخلاف المتعدى غير الغاصب هذا فى اليسير إنما يغرم ما نقص ولا يغرم القيمة كلها .

والفرق بين ذلك : أن الغاصب متعدد على جملة السلعة لحيازته إياها كلها على طريق الغصب والمتعدى إنما هو جان على بعض أجزاء السلعة ولم يحز جميعها ولا تعدى فى جملتها ، فلم يكن عليه إلا مقدار ما أتلّف من أجزائها ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا فى العبد يجنى عليه رجل جناية مفسدة مثل أن يقطع يديه جميعاً : فلربه أن يغرمه القيمة فيه ويعتق [عليه] ^(٢) العبد إنما هذا إن طلب ذلك سيده ، وإن أبى من ذلك كان له أخذ العبد وما نقصه وليس العتق بأمر وجب للعبد لا بد له منه ، فاعلم .

قال عبد الحق : الفرق بين الغاصب يعجف الدابة بركوبه : أنه إذا لم يختر ربها إغرامه القيمة وأخذها لا يطالبه بما نقص وبين ما يحدث الغاصب فيها من قطع عضو أنه يغرمه ما نقص إن شاء : أن العجف ليس بأمر ثابت قائم لأنه يزول تارة ويثبت أخرى ولا تبقى الدابة على حالة واحدة ، وأما فى قطع عضو فهو تأثير قائم باق

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

فلذلك كان له إغرامه ما نقص في ذلك ، والله أعلم .

وأيضاً فإن [نفس] ^(١) العجف ليس هو فعل الغاصب وإنما فعله الركوب والتأثير الذى قطع به عضواً هو [نفس فعل] ^(٢) فافترقا .

قال عبد الحق : اعلم أنه لا فرق بين أن يبيع الأمة وقد ذهب بياض عينيها أو يبيعها بالبياض ثم يزول عند المبتاع إذا أجاز المغصوب منه البيع ثم علم بذهاب البياض لا كلام له ، وقوله فى «الكتاب» : (إنه ترك أن يستثبت ولو شاء لم يعجل) يعم الوجهين جميعاً ، وهذا يتنازع فيه .

وقد فرق بعض شيوخنا بين الوجهين وقال : إذا ذهب البياض ثم باعها فأجاز البيع ثم علمه أن البياض قد كان ذهب فقال : إنما أجزت البيع لأنى ظننت أنه لم يذهب ، فله بذلك حجة ؛ لأنها بيعت على غير الصفة التى غصبت عليها بخلاف مسألة «الكتاب» إذا كان البياض إنما ذهب عندى المشتري ؛ لأن هذا إنما باعها وبها البياض موجود حين البيع .

وحكى لنا بعض القرويين مثل هذا التفريق عن أبى موسى بن مناس ، والأول أصوب ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا تعدى على سلعة رجل فباعها ثم ورثها عنه له نقض البيع ، وإذا تعدى على سلعة رجل فباعها ثم اشتراها من ربها ليس له نقض البيع .

والفرق بين ذلك على مذهب ابن القاسم [فيهما] ^(٣) : أنه إذا ورثها [فلم] ^(٤) يجزها إلى نفسه إنما جرهما الميراث فدخل مدخل من ورثها عنه فى نقض البيع وأورده ، وإذا اشتراها فهو اجتريها فكأنه إنما تحلل صنعة وغرم القيمة الواجبة عليه حسبما [علل] ^(٥) فى «الكتاب» ، والله أعلم .

(١) فى أ : تغيير .

(٢) فى أ : تعميم فصله .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : فى الإرادة لم .

(٥) فى أ : قال .

قال عبد الحق : إنما قال : (إن الأصواف والألبان يردها الغاصب أو مثلها) وفرَّق [مالك] ^(١) بين ذلك وبين غلة العبيد والدابة ؛ لأن غلة العبيد والدابة متكونة بسببه وفعله والألبان والأصواف ليس [له] ^(٢) فيها فعل إنما هي نامية بأنفسها ، وأيضاً فالأصواف ونحوها متولدة عن الأعيان وكائنة منها فوجب أن يكون لها حكمها وغلة الدابة والعبد ليست بكائنة عنهما ولا متولدة منهما ، فافترق [ق/١٨٨أ] الحكم لهذا ، والله أعلم .

وإنما فرَّق أيضاً بين غلة الرباع وغلة الحيوان على أحد قوليه ؛ لأن الرباع مأمونة فكان غاصبها إنما هو مريد لنفعها فلم يكن له ذلك ، والحيوان الغالب فيه [التلف] ^(٣) فصار التعدي على الأعيان فلم يضمن إلا الأعيان لا ما يكون عنها من غلة ، وإنما فرَّق بين المستعير والمكرى وبين الغاصب فى غرم الكراء ، لأن المستعير والمكترى إنما تعديا على المنافع لا على الرقاب فغرما كراء تلك المنافع والغاصب إنما غصب الأعيان فلم يكن عليه قيمة المنافع ، ولو أنه قصد إلى غصب المنافع خاصة لكان عليه كراؤها على القولين مثل أن يريد دابة يركبها إلى موضع فيأخذها غصباً من رجل أو يسأله فى الكراء منه قياماً فيأخذها غصباً ونحو هذا مما يعلم أنه لم يقصد إلى غصب الرقبة ، وإنما قصد الانتفاع بها [وإردادها] ^(٤) فهذا يلزمه الكراء ويصير كالمستعير والمكترى اللذين إنما تعديا على المنافع فالسؤال إذا حقق مختلف فلذلك فرق ، وإذا اتفق السؤال بأن يكون العداء على المنافع فذلك سواء ، لا فرق بين غاصب ومكترى ومستعير ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : وينبغى فى المستعير والمكترى إذا تعديا بالدابة المسافة وأصابها فذلك عيب يسير فوجب لربها ما نقص العيب أن يسقط من كراء الزيادة على المسافة مقدار ذلك الجزء الذى نقص من قيمة الدابة مثل أن يكون نقصها العيب الخمس

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : وأراد ردها .

فيسقط من كراء الزيادة على المسافة [ما كان] ^(١) خمسة أو [ربعه] ^(٢) فيسقط من كراء الزيادة على المسافة ربعه ، وأبى هذا بعض شيوخنا من أهل بلدنا ، وهو صواب عندي فتأمله [ق/ ٨٤ جـ] .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا خلط الغاصب قمحاً لرجل بشعير لآخر وكان عديماً فوجب بيع المخلوط عليه وأن يشتري لكل واحد مثل طعمه يقوم القمح غير معيب والشعير غير معيب أيضاً فيعرف كم ذلك فيشتري لكل واحد بما يخصه من الثمن مثل شيء وما بقى لهما من المكيلة ففي ذمة الغاصب يريد مثل أن تكون قيمة القمح قدر الثلثين وقيمة الشعير ، الثلث فيشتري بثلثي الثمن قمحاً لصاحب القمح وبثلث الثمن شعيراً لصاحب الشعير ، ومن بقى له شيء من كيله تبع الغاصب ما بقى له ، وهى بخلاف إذا اختلط القمح بشعير من غير غداء هاهنا يقوم القمح معيماً ، فاعلم .

ويجوز بيعه كيلاً وجزأً ، وليس كصبرة قمح وصبرة شعير على أن كل قفيز بكذا ؛ لأن الصبرتين لا ضرورة في بيع كل واحدة على الانفراد فقد قصد الحصر بجمعهما إياهما ، وهذا المخلوط الضرورة في خلطه أوجبت بيعه كذلك لأن بعضه لا يبين من بعض ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : ما جرى له في أهل الذمة [الحكم] ^(٣) بينهم في الربا وإن تراضوا يريد [وإن تراضيا] ^(٤) بأن يمضى ذلك الربا [عليهما] ^(٥) ، فأما إن تراضيا أن يحكم بينهما بما في شرعنا من ردهما إلى رأس المال وفسخ الأمر بينهما فيحكم بينهما .

تم كتاب الغصب بحمد الله وحسن عونه .

(١) سقط من جـ .

(٢) في جـ : الربع .

(٣) في أ : لا يحكم .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : بينهما .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الاستحقاق

اعلم أن الأرض المكترة للبناء والغرس إذا استحقها مستحق قبل تمام أمد الكراء وفسخ باقى المدة [واختار] ^(١) أن يدفع قيمة البناء والغرس [قائماً] ^(٢) فإنما يدفع قيمته على أنه يقلع إلى وقته ، وكذلك إذا أبى من دفع ذلك وأبى المكترى من دفع قيمة الأرض فوجب أن يكونا شريكين هذا بقيمة الأرض ، وهذا بقيمة الغرس أو البناء يكون أيضاً شريكاً بقيمة البناء أو الغرس قائماً على أن يقلع إلى وقته ، وكذلك قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا .

قال بعض شيوخنا من القرويين : فى الأرض المستحقة من يد مشتر وقد بنى أو غرس فأبى ما دعيا إليه ، ووجب أن يكونا شريكين بالقيم كما ذكرنا إنما تقوم الأرض براحاً وتقوم الانقراض لو كانت هكذا فى أرض قائمة كم تساوى ولا تقوم ما زادت الأرض من أجل ما فيها من الانقراض على مذهب ابن القاسم ، قال : وهو موضع تنازع .

قال بعض القرويين : وإنما يعتبر ما زاد فى هذه المسألة على قول ابن القاسم وليست كمسألة الثوب يصبغه المشتري ثم يستحق هذا ، لا يعتبر فيه ما زاد ، لأن الصبغ ربما زاد [فى] ^(٣) الثوب وربما نقصه والبناء والغراسه هو زيادة على كل حال ، فإنما يقال : كم قيمة الأرض [ق/١٨٩] براحاً ؟ ثم يقال : كم قيمتها بما فيها من البناء ؟ فيعرف ما زاد فيكون بذلك شريكاً ، والله أعلم .

قال ابن المواز فى الأرض إذا استحقها من يد غاصب فى إبان الزراعة والزرع صغير جداً فرضى المستحق أن يسلم أرضه للغاصب بكراء مثلها ورضى الغاصب بذلك : إنه لا يحل ويدخله بيع زرع لم يحل مع كراء الأرض ، وذلك أن الزرع

(١) فى أ : فإن اختار .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

لصاحب الأرض يحكم به .

وحكى عن أبى محمد [ابن أبى زيد] ^(١) أنه قال : لو كان الزرع يتتفع به [الغاصب] ^(٢) لو قلعه فاستحق الأرض ربها فى إبان الزراعة فرضى هو والغاصب أن يبقياه فى الأرض بكراء مثلها فذلك جائز .

قال عبد الحق : اعلم أن ما جرى من قوله : (يكلف الغاصب القلع إن كان فى إبان الزراعة) إنما يعنى إبان الشيء المزروع فيه لا غيره ، فإذا فات إبان ما يزرع فيها فليس لرب الأرض تكليف الغاصب القلع ، وإن كان يمكنه أن يعمل فيها مقتاة أو شيئاً [ما] ^(٣) غير الذى زرع فيها ، وهذا لأصبع بين ، هكذا فى «المستخرجة» ، وهو معنى ما فى «المدونة» ، وكذلك حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين . واعلم أن إبان الزرع إذا كان قائماً والزرع يتتفع به للمستحق أن يعطى الغاصب قيمته مقلوغاً إن شاء ويأخذه ، وليس دفع القيمة فيه كثيراً له قبل بدو صلاحه لأنه أمر يحكم له به . وكذلك رأيت فى «كتاب ابن المواز» : أن له إن شاء أن يدفع إليه قيمته ويأخذه ، وهو ساقط من بعض الكتب لكنه صحيح على ما ذكرنا ، والله أعلم .

قال عبد الحق : ذكر عن أبى محمد فى مسألة الأخ يكرى ويحأبى ثم يطرأ له أخ [أنه قال : قوله] ^(٤) (يبتدى بالرجوع على أخيه بالمحأبة) ^(٥) معناه إذا حأبا [الأخ فى الكراء] ^(٦) وهو يعلم أن له أخاً ، وأما إن لم يعلم فلا يجب [له] ^(٧) أن يرجع بالمحأبة إلا على الساكن .

قال : ويدل على ذلك قول ابن القاسم فيمن اكترى داراً من رجل فهدمها

(١) سقط من جـ .

(٢) فى جـ : ربه .

(٣) سقط من جـ .

(٤) سقط من أ .

(٥) المدونة (٤/ ١٩٢) .

(٦) سقط من جـ .

(٧) سقط من جـ .

المكترى فوهب له قيمة الهدم ثم استحقها ربها ، فقال : إنما للمستحق طلب الجاني دون الواهب ، وكذلك من اشترى عبداً فسرقه منه رجل فهلك بيده فوهب له قيمته ثم استحقه ربه ، وإنما يتبع ربه السارق خاصة دون هذا الواهب ؛ لأنه فعل ما يجوز له ولم يتعد ولا انتفع ، فهذا يدل [على] ^(١) أن الأخ إذا لم يعلم بأن له أخاً لا يرجع عليه بشيء من المحابة ويرجع بذلك على المكترى ويكون قول غير ابن القاسم فيه «إذا لم يعلم» وقول ابن القاسم سواء .

وأبى هذا الذى ذكر عن أبى محمد بعض شيوخنا من القرويين ، وقال : على قول ابن القاسم : (سواء علم أو لم يعلم) الجواب واحد ، وهذا القول عندى أشبه بظاهر «الكتاب» ، والمسألان اللتان ذكر مفارقتان لهذه المسألة ، والله أعلم ، فتدبر ذلك .

[والفرق بين ذلك واضح وهو : أن المكترى لم يجب عليه شيء فأسقطه عنه الأخ ، لأنه إنما اكترى على ذلك المسمى الذى فيه المحابة وبه رضى ، وفى المسألتين اللتين ذكر قد وجب على الهادم والسارق شيء وتعلق بذمته فأسقط عنه من ليس ذلك بيده فلا يتم له شركه له وأسقط عنه مما تعلق بذمته لغيره] ^(٢) .

اعلم أنه إذا استحق الدار المكتراة قبل تمام الأمد فأجاز المستحق الكراء باقى الأمد وقد نقد المكترى الكراء إنما يدفع للمستحق كراء ذلك إذا كان مأموناً إن كان المستحق قد علم أن المكترى قد نقد الكراء أو كانت سنة الناس النقد ، فقد دخل على أن يأخذ حصاص باقى الأمد ، فأما إن لم يكن ما وصفنا فليس للمستحق أن يتعجل حصة باقى المدة ، ويحمل أنه إنما أجاز ليأخذ بحساب ما سكن المكترى ، فكل ما سكن المكترى شيئاً ودى بحسابه ، وإنما يكون للمكترى الامتناع من دفع حصة باقى الأمد إذا كان المستحق غير مأمون متى كان لو انهدمت الدار لم تسو قيمتها مهدومة مقدار الكراء الذى دفع المكترى ، وأما إن كان قيمتها مهدومة تساوى ذلك فأكثر فلا

(١) زيادة من أ .

(٢) سقط من أ .

كلام له لأن له ذمة [فيدفع] ^(١) إليه حصة ما فى الأمد ، وهكذا حفظت عن بعض شيوخرنا من أهل بلدنا .

قال عبد الحق : وإذا كان المستحق غير مأمون فأبى المكترى من دفع كراء بقية الأمد ، فيقال للمستحق : إن شئت أن تجيز الكراء على أنك لا تأخذ إلا كراء ما يسكن كلما سكن شيئاً أخذت بحسابه وإلا فلك فسخ بقية المدة .

قال عبد الحق : الفرق بين المشتري يهدم الدار ثم يستحق أنه لا يطالب بما نقص الهدم ، وبين المشتري يلبس الثوب فينقصه ثم يستحق أن لربه مطالبته بما نقص اللبس : أن فى اللبس إنما [يوفي] ^(٢) قيمة ما انتفع به والهدم لا يقع له فيه .

قال ابن المواز : قال مالك فيمن اشترى داراً فهدمها ثم استحقها ربه : أنه لا يكون عليه فى الهدم شيء ، وقال أيضاً مالك فى الثوب يشتره [ق/ ٨٥جـ] فيتلفه : أنه لذلك ضامن .

قال محمد : صواب كله ، لأن هدم الدار ليس بمختلف ؛ لأنها مما يقدر أن ترد بحالها وأفضل وأصح وأجود ، وكذلك الحلئ يشتره فيكسره ثم يستحقه ربه فلا يكون على هادم الدار شيء ولا على كاسر الحلئ ؛ لأن أصل فعله ليس بتلف ولا خطر ، وقاطع الثوب إنما قطعه قطعاً لا يرجع إلى حالته أبداً ولا يقدر على ذلك فيه ، وكذلك [ذابح الشاة وكاسر العصا] ^(٣) ، وكذلك [ق/ ١٩٠أ] الذى بعث الغلام إلى موضع إن تلف فيه لا يرجع أبداً ، وكذلك عندى الذى يركب الدابة وخرج بها أو بعث بها فهو ضامن إن تلف شيء من ذلك .

قال عبد الحق : وإنما فرق بين الأمة يستحقها من يد مشتر وقد افتضاها فنقصها وطؤه ، وبين الثوب يلبسه فى إغرام ما نقص ؛ لأن اللبس ينقص أجزاء الثوب ويتلف عينه وليس الافتضاى كذلك .

(١) فى جـ : فدفء .

(٢) فى أ : يؤدى .

(٣) فى أ : الذى ذبح الشاة وكسر العصا .

فإن قيل : فلم جعل على المشتري إذا رد الأمة بعيب وقد افتضاها أن يرد ما نقص الافتضاض ؟

فالجواب : أن المشتري لو شاء أمسك ورجع بقيمة العيب ، فلما كان مختاراً للرد وجب عليه غرم ما نقص الافتضاض ، وأما في مسألة الاستحقاق ، فإن الأمة تؤخذ من يد المشتري بالجبر ، [فعذر] ^(١) ولم يكن عليه ما نقص ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا : إذا ادعى عبد الحرية ، فاستأجره رجل في عمل ودفع إليه الأجرة ثم أتى سيده يريد : وقد أتلف العبد الأجرة - فلا غرم على الذى استأجره إذا كان ظاهر العبد الحرية لأنه لم يتعد فى الدفع إليه ، وكذلك حكى له عن بعض من تقدم من شيوخ بلدنا إلا أنه قال : إن طالت إقامة العبد بالبلد واستفاضت حرته ، وإن لم تطل إقامته فيغرم دافع إلى غير مستحق .

قال عبد الحق : وهذا عندى أقيس والأول أشبه بمذهب «المدونة» قياساً على من مات فأنفذ وصاياه وبيعت تركته ثم استحقت رقبة وقد كان معروفاً بالحرية أو غير معروف .

اعلم أنه إنما رجع فى مسألة الذى يشتري السلعة بدنانير وينقد دراهم إذا استحقت السلعة بالدراهم التى أنقذ لا بالدنانير المعقود عليها لأنه لو رجع بالدنانير التى عقد عليها صار كغيره مستأجر لأنه دفع دراهم ارتجع منها دنانير والسلعة لا حكم لها لما استحقت ، وبهذا سمعت غير واحد يعلل المسألة ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : إذا استحق أمة من يد مشتر وقد أولدها فأخذ قيمتها منه على أحد الأقاويل رجع المشتري على البائع بالثمن الذى دفع إليه كله كان أقل مما دفع من القيمة أو أكثر ، لأن أخذ قيمتها كأخذ عينها فلما كان فى أخذ عينها يرجع بالثمن لا تنقاض البيع ، فكذلك القيمة إذ هى عوض عن [قيمتها] ^(٢) .

فإن قيل : أليس المفدى زوجته من بلد الحرب لا يرجع عليها بذلك ؛ لأنه فدا

(١) فى أ : فلذلك .

(٢) فى أ : عينها .

منافعه ، فهلا كان هذا الذى دفع القيمة كذلك ، لأنه كالموصول إلى منافعه بالقيمة التى دفع من القيمة أو أكثر لأن أخذ قيمتها كأخذ عينها ، فلما كان فى أخذ عينها يرجع بالثمن لانتفاض البيع ، فكذلك القيمة إذ هى عوض عن نفسها؟

فالجواب : أن هذا مجبور على أن تؤخذ القيمة منه لا اختيار له فى ذلك وهو قد دفع ثمنًا على أنها ملك له لا يثبت عليه غير ما دفع من الثمن فكان البيع [منقوضًا] ^(١) الذى وقع بينه وبين البائع منه لسبب الاستحقاق لما قلنا من أن أخذ القيمة كأخذ عينها ، وأما المفدى زوجته من بلد الحرب فمختار لفداء منافعه فلا يرجع عليها بشيء ، ونحو هذا حفظت عن بعض شيوخنا من أهل بلدنا فيما قدمته .

قال غير واحد من القرويين : قوله : (ما فضل من دية اليد للأب) فى مسألة ولد الأمة المستحقة بقطع يده - إنما يعنى للأب النظر فيه لصغر الولد وليس يعنى يكون للأب ملكًا .

قال لي بعضهم : وفى لفظ المسألة دليل على هذا وهو قول : (إذا قطعت يد الولد فأخذ الأب ديتها ثم ذكر الحكم فى ذلك) فالأب لما أخذ ديتها ؟ ليس ذلك إلا لأن الوليد صغير ، فلهذا قال : (ما فضل من دية اليد للأب) يعنى : النظر فيها كما قدمنا ، والله أعلم .

قال ابن القاسم فى « المجموعة » : ولو قتل الولد عمدًا فصالح الأب فيه على أقل من الدية فعليه الأقل من ذلك أو من قيمته يوم القتل ، فإن كان ما أخذ أقل من القيمة رجع على القاتل بالأقل من باقى القيمة أو باقى الدية .

وذكر عن أبى محمد أنه قال : ولو عفا الأب عن قاتل ابنه على غير شيء ثم أتى مستحق الأمة فلا شيء له على الأب وللمستحق على القاتل الأقل من قيمة الولد يوم القتل أو الدية ، واحتج بمسألة « المجموعة » التى قدمنا .

وذكر عن ابن شبلون أنه قال : إذا عفا على غير مال ثم قام المستحق فلا شيء له على القاتل بخلاف عفو الأب على مال ، وجعل ذلك كمسألة كتاب الديات فى عفو

(١) فى أ : انتقض .

البنين على غير شيء أنه جائز على البنات ، ولو عفوا على مال اشترك جميعهم فى ذلك ، قال : فكذلك ما قدمنا ؛ لأن القتل للبنين دون البنات كما أن القتل للأب فى مسألتنا خاصة ، فاعلم .

واعلم أن الولد إذا قتل إنما يغرم الأب ما قبض من الدية ، فإن كانت لم تقبض فيأخذ ذلك المستحق منجماً حتى يستوفى الواجب له ، وكذلك إذا ضرب بطن الأمة ولم يأخذ الأب الغرة ، إنما يأخذ المستحق [ق/١٩١أ] عشر القيمة من الغرة كما يأخذ ذلك من الدية إذا قتل كما قدمنا ، فاعلم .

قال عبد الحق : يحتمل أن يكون ابن القاسم إنما قال فيمن استحق داراً وقد بنيت مسجداً : له هدم المسجد . لأنه لو أمر بدفع القيمة زال كونه مسجداً وملك وهو قد بنى لله فكان هدمه وجعل الانقراض فى غيره أولى ، ففارق ذلك حكم ما بنى للسكنى الذى يقال فيه للمستحق : ادفع قيمة البناء ، فإن أبى قيل للآخر : ادفع قيمة الأرض ؛ ولأنك لو قلت للمستحق : ادفع القيمة فأبى ، لم تستطع أن تجبر الآخر على دفع قيمة الأرض إذ بنى ما قد انبت عن يده وزال ، وإن حكمت بالشركة أيضاً لم يستقم ذلك فكان الأولى هدم هذا المسجد لما وصفنا ، والله أعلم .

ويحتمل أن يكون إنما جعل ذلك ابن القاسم كالعبد يعتقه ثم يستحق من أجل أن العتق قرينة [لله] (١) ، وهذا بنى فى العرصة أيضاً شيئاً لله ، وإن كانت المسألتان [مفترقتين] (٢) لأن العبد المعتق قد استحق عينه والانقراض التى جعلت لله لم تستحق أعيانها ، بل غيرها هو المستحق .

قال أبو محمد فيما ذكر عنه :

ويجعل النقض إذا هدم فى مسجد آخر ، فإن لم يكن بموضعه مسجد فلينقل ذلك النقض إلى أقرب المساجد إليه ويكون الكراء على [نقله] (٣) منه ، ويجوز لمن

(١) فى أ : إلى الله .

(٢) فى أ : مفترقة .

(٣) فى أ : نقلانه .

أخذه فى كرائه ملكه .

[قال أبو محمد : (١) ويحتمل أن يقال : معنى كلام ابن القاسم فيمن اشترى داراً مبنية فهدمها وبنى بنقضها فيها مسجداً ولم يزد فيه على نقضها شيئاً فإنه يكون للمستحق أن يهدمه ويرد القاعة إلى ملكه والنقض ، كما له رد العتق ويرد العبد إلى ما [كان] (٢) عليه من الملك [ق/٨٦ج] ويكون للمستحق إذا هدم المسجد أن يأخذ نقضه مع القاعة باستحقاقه ، ولا شيء له على بنى المسجد فيما هدم من الدار لأنه هدمها بوجه شبهة ، ويلزم على هذا أن يقال للمستحق : إذا أبى [لك] (٣) أن تلزم البانى قيمة النقص منقوضاً ؛ لأنه لما بنى به المسجد فقد أفاته لأنه إذا هدمه لا يتحصل بكماله كما كان أولاً ، فإذا أدى البانى قيمته منقوضاً وهدمه بعد ذلك جعل النقص فى مسجد آخر لأنه قد أبانه عن نفسه وجعله لله وإن رضى المستحق أن يأخذ النقص كان له ملكه باستحقاقه ولم يلزم البانى شيء كما ذكرنا ، والله أعلم .

اعلم أنه إنما لم يجز بيع صبرة قمح وصبرة شعير كل قفيز بكذا لما فى ذلك من التخاطر بين المتبايعين ، وذلك أن المشتري يطمع أن يكون القمح أكثر فيكون أخذه بسعر الشعير ، والبائع يقول : لعل الشعير أكثر فبعته منه بسعر القمح ، ولو قال : عشرة أقفزة من هذا وعشرة أقفزة من هذا كل قفيز بكذا ، جاز .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى مسألة من اشترى عبداً فوجد به عيباً فصالح البائع على عبد آخر فاستحق أحد العبدين نقض الثمن على قيمة العبد الأول يوم العقد وقيمة العبد الآخر يوم أخذه لا يوم العقد فى العبد الأول إنما ينظر إلى قيمة كل عبد منهما يوم وجب .

قال عبد الحق : قول ابن القاسم فى مسألة : (الثوبين يسلمهما فى فرس فيستحق أحد الثوبين وهو الأدنى : يرجع بقيمته) يريد بذلك ما يخصه من قيمة

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

الفرس فى صفته إلى أجله هو قيمته كما ذكر ابن المواز لا بقيمة الثوب ؛ لأنه قد قال: وهذا وما بيع يداً بيد سواء ، فكيف ساوى بين ذلك فى تشبيهه ؟

ويحمل عليه أنه [إنما] ^(١) أراد قيمة الثوب المستحق ، هذا لا يصح وإنما تستعمل قيمة المستحق فى مثل الدم العمد والخلع والنكاح ونحو ذلك مما لا ثمن [له] ^(٢) معلوم لعرضه ، وهكذا سمعت غير واحد من أهل [بلدنا] ^(٣) يتأول على كلام ابن القاسم .

تم كتاب الاستحقاق بحمد الله وحسن عونه

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من أ .

(٣) سقط من أ .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
كتاب اللقطة والآبق

قال الرسول عليه السلام للسائل عن اللقطة : « اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها » ^(١) فالعفاص : ما فيه اللقطة من خرقه وغيرها ، والوكاء : هو الرباط ، وقيل بعكس هذا ، والذي ذكرنا أصوب ، فإن عرف العفاص والوكاء ولم يعرف عدد الدنانير أو عرف العفاص وعدد الدنانير ولم يعرف الوكاء أو عرف الوكاء ولم يعرف ما سوى ذلك فقد قال أشهب في [كتبه] ^(٢) : إن ذلك يجزئه إذا حلف ، قال : ولو وصف العفاص والوكاء وأخطأ في ضرب الدنانير لم يعط شيئاً .

وقال محمد بن عبد الحكم : لو أصاب تسعة أعشار الصفة وأخطأ العشر لم يعط إلا في معنى واحد أن يصف عدداً فيصاب أقل ، فإن أشهب يعطيه إياها ، وقال : أخاف أن يكون أغفل فيها ، وقال عليه السلام في ضالة الإبل : « مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها » ^(٣) ، فقله عليه السلام : « حذاؤها » يعنى : أخفافها ، لأنها لا تبالى حيث وطئت ، و « سقاؤها » [ق/١٩٢] يعنى : كرشها ، أى أنها ترد الماء وتشرب من غير سقي ، وقال عليه السلام في ضالة الغنم : « هي لك أو لأخيك أو للذئب » ، فقله : « هي لك » هذه لام التملك ، فقد جعلها له ملكاً فلذلك لا يضمنها ، لأن من أكل ملكه فلا شيء عليه ، وقد أنزله عليه السلام في أخذه إياها وأكلها بمنزلة الذئب الذى لا يتعلق عليه ضمان ، فإن ذبح الشاة ثم وجدها ربها مذبوحة كان أحق بها ما لم يأكلها ذابحها .

قال عبد الحق : إن قيل : لم إذا أقام شاهداً سيد الآبق يحلف مع الشاهد ويأخذه ، وهو إذا ادعاه ولا شاهد له وصدقه العبد أخذه فما فائدة يمينه مع الشاهد؟

(١) أخرجه مالك (١٤٤٤) والبخاري (٩١) ومسلم (١٧٢٢) من حديث زيد بن خالد الجهني .

(٢) في أ : كتابه .

(٣) تقدم تخريجه .

فالجواب : إن الذى يقيم شاهداً ويحلف يأخذه على جهة الملك ، ألا ترى إن جاء غيره يدعيه وأقام شاهداً ينظر أى الشاهدين أعدل ، وإذا أخذه بدعواه كان صاحب الشاهد أولى منه ، وأيضاً فإن الذى أقام شاهداً فحلف وأخذه لو هلك عنده بأمر من الله لم يضمنه وإذا أخذه بدعوة ضمنه ، وأيضاً فالذى يقيم شاهداً يحلف ويستحقه للوقت من غير استثناء والذى يأخذه بالدعوى لا يأخذه إلا بعد الاستثناء والتلوم باجتهاد الحاكم ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : إنما قال : إن الأبق إذا باعه الإمام ثم أتى سيده بعد ذلك فقال : كنت أعتقه ، أنه لا يصدق ، وإذا كانت أمة ، فقال : كنت أولدتها ، يصدق إن لم يتهم فيها .

ففرق بين المسألتين من أجل أن العتق سبيله أن يتوثق فيه وتشهد هذه عادات الناس فيه ، فلما لم يثبت ذلك اتهم فى مقاله ، وولادة الأمة ليس شأن الناس فيه الإشهاد عليه والإشهار له ، فإذا انتفت التهمة عن السيد صدق [فى ذلك ، والله أعلم] (١) .

إن قيل : أليس العبد الأبق إذا أعتقه [سيده] (٢) عن ظهاره معيياً بالإباق فكيف جاز عتقه إذا علم أنه يوم العتق حياً سالماً من العيوب فالجواب : أن الإباق عيب ليس بتأثير فى الجسم ، وما كان من العيوب ليس بتأثير فى الجسم جاز أن يعتق العبد ونفى به عن واجب ، وما كان تأثيراً فى الجسم فهو الذى لا يجرى فيه العتق ، وهكذا قال لى بعض القرويين .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا استحق دابة من يد رجل فقال المستحقة من يده : نخرج بها إلى بلد البائع منى ، فوضع قيمتها ومضى بها فهلك الدابة وضاعت القيمة ، ضمان القيمة من مستحق الدابة ؛ لأن الدابة لما هلكت وجبت تلك القيمة له فهي منه ، وهو منصوص لابن القاسم رواه عنه عيسى ، فاعلم .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

وقياسه الثمن فى المواضعة إذا هلك أن ضمانه ممن يجب له ، وقد ذهب ذاهب إلى أن القيمة إذا ضاعت ضمانها من الخارج بها إذا هلكت الدابة وعليه القيمة ثانية لمستحق الدابة بخلاف الثمن يهلك فى المواضعة قال : لأن الثمن فى المواضعة قد تراضيا بكونه ثمناً للجارية المبيعة والمستحق فى مسألتنا لم يرض أن تكون [هذه] (١) القيمة ثمناً للدابة قال : وإنما القيمة هاهنا كالرهن الموقوف بيد عدل إذا هلك أنه من ربه .

وليس هذا الذى ذكر مما تفرق به [المسألتان] (٢) ؛ لأن ما أوجبه الحكم عليه وألزمه إياه كمثل ما يوجبه على نفسه ، فقد أخذت القيمة من المستحق من يده الدابة وجعلت للمستحق عوضاً إن طرأ على دابته هلاك فكما إذا هلكت الدابة وسلمت القيمة يأخذها ، فكذلك إذا هلكت الدابة وذهبت القيمة هى منه ؛ لأنه قد ذهب ما يبين لنا أنه مستحقه وليس كالرهن الموقوف ، كما ذكر هذا القائل الذى وصفنا ؛ لأن القيمة هاهنا إنما وقفت ليؤخذ عينها إن هلكت الدابة ، والرهن لم يوقف لتملك عينه وإنما يأخذ حقه من ثمنه أو عينه ويرد باقيه إن زاد على حقه أو يطالب بباقي حقه إن لم يف بدينه ، فالأشبه بالقيمة الثمن فى المواضعة الذى يملك جميعه ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : تقبل عدالة على عدالة إذا كان الشهود نساء ويقومون مقام الغرباء لقلّة خبرة الرجال [لهن] (٣) ومعرفتهم [منهن] (٤) .

تم كتاب اللقطة والآبق بحمد الله وحسن عونه

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : المسألة .

(٣) فى أ : لهم .

(٤) فى أ : بهم .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب حريم البئر وأحياء الموات

قوله عليه السلام : « لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاً » ^(١) هم القوم يفضل سقى [ق/١٩٣] مواشيهم الماء فيقضى عليهم [ق/٨٧ج] بإبذاله لعامة الناس ، وذلك لأن الماشية لا تأكل كلاً الأرض إذا لم تجد [ماء] ^(٢) تشربه فصار منع الماء منعاً للكلأ ، وقال : « لا يمنع نقع بئر ورهو بئر » ^(٣) .

ف قيل : الرهو والنقع : الماء الواقف الذي لا يستقى عليه أو يسقى عليه وفيه فضل .

ومنه قوله تعالى : ﴿ وَاتْرُكِ الْبَحْرَ رَهَوًا ﴾ ^(٤) ، والله أعلم .

وقيل في معنى : « لا يمنع نقع بئر » : هو أن يزرع الرجل على بئر [فينهار] ^(٥) وله جار له بئر فيها فضل فلا يمنعه ذلك الفضل .

قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا : في البئر بين الجماعة يكتسبها بعضهم ويأبى الآخرون فيكون الذين كسبوا أحق بما زاد

(١) أخرجه مالك (١٤٢٧) والبخاري (٢٢٢٦) ومسلم (١٥٦٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) سقط من أ .

(٣) أخرجه مالك (١٤٢٨) وعبد الرزاق (١٤٤٩٣) والبيهقي في « الكبرى » (١١٦٢٦) و(١١٦٢٧) من حديث عمرة بنت عبد الرحمن مرسلًا . قال البيهقي : هذا هو المحفوظ مرسل .

وأخرجه أحمد (٢٤٨٥٥) والطبراني في « الأوسط » (٢٦٦) من حديث عمرة عن عائشة - رضي الله عنها - مستندًا .

(٤) سورة الدخان (٢٤) .

(٥) في أ : فتنهار بثره .

الماء من أجل كنسهم [يضم] ^(١) لهم نبع ذلك الماء ، ويسوغ لهم ثمنه ، وإن باعوا بمقدار نفقتهم أو أكثر لم يحاسبوا ، لأن الماء لو غار كان ضمانه منهم وتذهب نفقتهم ، فكذلك نفعه لهم ، ولو أدى الشركاء بعد ذلك ما يلزمهم لم يرجعوا على المتفعين بالماء ولا يحاسبونهم من ذلك بشيء ، والله أعلم .

سئل أبو محمد - رحمه الله - عن رجل له ساقية تجرى بشق أرض رجل فأراد رب الساقية أن يحولها إلى جانب آخر وأبى رب الأرض أو أراد رب الأرض أن يحولها ، وكيف إن لم يكن على الماء ضرر في تحويله وجريه ، أو قربه وبعده وهو في ذلك سواء ؟

فقال : ليس ذلك لواحد منهما إلا برضا صاحبه ، واعتل في ذلك إذا أراد رب الأرض تحويله [في] ^(٢) ناحية أخرى من أرضه ، ولا ضرر على الماء في ذلك أنه يطول الزمان وقد تستحق تلك الناحية التي حول الساقية إليها فيبطل حق هذا في ساقيته .

قال مالك : إذا كانت لرجل أرض فله منع كلاًها إن احتاج [إليها] ^(٣) وإلا فلينحل بين الناس وبينه .

وقال : لا بأس أن يبيع الرجل خصب أرضه عامه ذلك [إن] ^(٤) بلغ أن يرعى .

قال ابن حبيب : سألت مطرف عن قول مالك في هاتين المسألتين ، فقلت له : أى خصب يبيع وأى خصب يبيحه للناس إذا استغنى عنه ؟

فقال : أما الخصب الذى يبيعه ويمنع الناس منه وإن لم يحتج إليه فما فى مروحه وحماه [فيما] ^(٥) ملك من الأرضين ، وأما الذى لا يجوز بيعه ولا منع الناس منه

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : إلى .

(٣) فى أ : إليه .

(٤) فى أ : إذا .

(٥) فى أ : عما .

إلا أن يحتاج إليه فيما سوى المروح والحمى من خصب قد أدبته وفحوص أرضه البور القفار فإنه لا يجوز بيعه ولا منعه إذا لم يحتج إلى رعيه ويجبر على إباحته للناس إلا أن يكون عليه في [تخلص] ^(١) الناس إليه بمواشيهم ودوابهم ضرر ، مثل فدان فيه خصب وحواليه زروع فلا يصل إليه إلا بضرر زرعه فله منعهم للضرر وإن لم يحتج إلى ذلك الخصب .

قال عبد الحق : إذا كانا مشتركين في الماء دون الأرض فلا شفعة فيما بيع من الماء ولا من الأرض ، وإذا كانا مشتركين في الأرض خاصة دون الماء فلا شفعة [له] ^(٢) في الماء إذا لم يكن بينهما فيه شركة ، فإذا كانا شريكين في الأرض والماء فهنا الشفعة في الأرض والماء فإن وجبت الشفعة في الماء للشركة في الأرض والماء والشركة في الأرض والماء غير متساوية مثل أن يكون أحدهما له الثلث في الماء وله في الأرض النصف ، فقد قال بعض شيوخنا من القرويين : تكون الشفعة بالأقل من نصيبه في الماء وفي الأرض ، وذلك أن الأقل يوازيه مثله من الشيء الآخر وما زاد يصير منفرداً إما أرض بلا ماء أو ماء بلا أرض ، وقد قدمنا أن الشركة إذا كانت في أحدهما فلا شفعة في الماء ، وهذا [صواب] ^(٣) بين فتأمله .

قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا : وإن كان أحدهما قد باع ماءه خاصة ثم باع ماءه خاصة ثم باع صاحبه حصته من الأرض مع مائه فيكون للشريك الذي باع ماءه الشفعة في الأرض دون الماء بقيمتها من قيمة الماء ، وهذا بين ، والله أعلم .

اعلم أن الأراضي خمس :

أرض أخذت عنوة : فلا تباع ولا توهب وإنما تبقى لمنافع المسلمين .

وأرض صلح : فهي لأهلها يصنعون فيها ما أحبوا من بيع أو هبة أو غير ذلك .

وأرض أسلم عليها أهلها : فهي لهم أيضاً ليس لأحد فيها شيء .

(١) في أ : توصل .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : جواب .

وأرض هرب عنها أهلها وتركوها : فهي للإمام يجتهد فيها بما يراه ، وأرض العرب التي كانوا فيها قبل أن يسلموا وبعد ذلك .

قال بعض علمائنا : ويجوز الإحياء فيما بعد من العمران وأطراف الأرض كانت أرض صلح [ق/١٩٤أ] أو عنوة أو أسلم [أهلها عليها] (١) .

قال مطرف وابن الماجشون : وما أحيى الذمي من موات أرض الإسلام في الفيافي والصحارى بغير إذن الإمام فذلك له ، إلا أن يعمر في جزيرة العرب - مكة والمدينة والحجاز كله وأرض اليمن - فيعطى قيمة عمارته ويخرج منها لقول النبي عليه السلام : « لا يبقين دينان بأرض العرب » (٢) ، وما عمر فيما قرب من العمران فإنه يخرج ويعطى قيمة ما عمر منقوضاً لأن الذمي ليس ممن يقطعه الإمام لأن ما قرب من العمران كالفيء ولا حق لأهل الذمة في الفيء .

قال عبد الحق : ومن أحيى من المسلمين فيما قرب من العمران ، فقد ذهب مطرف وابن الماجشون : أن الإمام ينظر فإن أقره وإلا أعطاه قيمة بنائه أو غرامته منقوضاً لا قائماً .

وقال أصبغ : لا يفعل فيما قرب إلا بإذن الإمام ، فإن فعل أمضيته .

وفى « المجموعة » : قيل لسحنون : ما حد القرب أيكون اليوم عندك قريباً ؟

فقال : لا واليوم بعيد ، قال : وقد أقطع عمر بن الخطاب للعقيق وهي قرية من المدينة وقد أقام بها الأنصار في الجاهلية وفي الإسلام وهي دارهم فكانت لمن أقطعها .

تم بحمد الله وحسن عونه .

(١) في أ : تقديم وتأخير .

(٢) أخرجه مالك (١٥٨٤) وعبد الرزاق (٩٩٩٠) والبيهقي في « الكبرى » (١٨٥٣١) من حديث عمر رضي الله عنه .

وعن عمر : أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : « لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا أدع إلا مسلماً » أخرجه مسلم (١٧٦٧) .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشفعة

روى مالك [- رحمه الله -] ^(١) أن النبي عليه السلام قال : « الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة » ^(٢) فقلوه : « إذا وقعت الحدود » دليل ألا شفعة إلا فيما فيه الحدود من ريع أو أرض أو عقار ، وفيه حجة على من يقول : إن للجار الشفعة ، لأن الحدود بينهما قائمة ، وقوله : « فيما لم يقسم » ، حجة على من يقول : إن الشفعة للجار أيضاً ، لأنه إنما جعل الشفعة في الشائع الذي لم يقسم فما قسم بخلافه ، وهذا الحديث يقضى على ما يرويه من قوله : « الجار أحق بصقبه » ^(٣) والصقب : اللصيق ، ونحو هذا من الحديث الذي يذكرون فذلك محمول على مجاورة الشركة لأن الشريك والخليط يسمى جاراً والزوجة تسمى جاراً ، ألا ترى قول الأعشى [لزوجته] ^(٤) :

أجارتنا بيني فإنك طالقة كذاك أمور الناس غاد وطارقة

فإذا حملت أحاديثهم على مجاورة الشركة كانت الأخبار كلها غير متنافية وصح الجمع بينهما . والله أعلم ، وليس غرضنا التطويل في هذا المعنى فنكثر فيه .

قال عبد الحق : وقوله في الذين بنوا في المسجد يموت أحدهم فيريد ورثته بيع نصيبه : (إن للباقيين الشفعة) معنى هذا أن الميت الباني أوصى أن يملك ما بنى وأبان أنه لم يبنه على طريق [التحبيس] ^(٥) فأما لو لم يوص بذلك لم يجز للورثة بيعه حسبما قال في كتاب الحبس ، على هذا تحمل المسألة فلا تكون مخالفة لما في كتاب الحبس ، والله أعلم .

وقد يحتمل أن يكون حبسه عليهم ليسكنوه خاصة كالتعمير وليس بحبس موقوف .

(١) في أ : رضي الله عنه .

(٢) أخرجه البخاري (٢١٣٨) من حديث جابر رضي الله عنه .

(٣) أخرجه البخاري (٦٥٧٦) من حديث المسور بن مخرمة رضي الله عنه .

(٤) سقط من ج .

(٥) في أ : الحبس .

قال بعض شيوخنا [ق/ ٨٨ جـ] من القرويين : إنما معنى ما فى كتاب الشفعة

أنه [بنى] ^(١) فى الحبس شيئاً منفرداً بنفسه. ومن [بنى] ^(٢) فى الحبس على هذا السبيل فهو على ملكه حتى يقول : إنه حبس ، ومعنى مسألة كتاب الحبس : بنى شيئاً مخالطاً للحبس غير منفرد بنفسه فهو محمول على أنه قصد [به] ^(٣) أنه يكون حبساً حتى يذكر أنه لم يقصد به الحبس ، وهذا أولى من أن يجعل اختلاف قول ، أو يقال : إنه فى مسألة كتاب الشفعة قد وصى ، لأنه لم يذكر أنه وصى ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا سافر الشفيع بعد وجوب الشفعة له

سفرًا يعلم أنه لا يؤوب منه إلا بعد أمد ينقطع فى مثله شفعة الحاضر لا تكون الشفعة ساقطة بإظهار هذا السفر وخروجه حتى يجاوز الأمد الذى تنقطع إليه الشفعة، وكذاك شرط فى « الكتاب » لأنه قال : سفرًا يعلم أنه لا يؤوب منه إلا بعد أمد تنقطع فيه الشفعة مجاوزة ، وذلك أنه يقول : أنا أوكل من يأخذ بشفعتى ولو فى طريقى فلا حجة عليه حتى يبلغ الأمد المذكور ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا فى الذى ابتاع شقصاً له شفعاء غيبٌ إلا

واحداً حاضراً فأخذ الحاضر الجميع ، ثم قدم أصحابه فدخلوا معه فما أخذ : يجب على [أصل] ^(٤) ابن [ق/ ١٩٥] القاسم أن تكون [عهدته] ^(٥) على المبتاع المأخوذ من يده بالشفعة أولاً وليس صاحبهم كالمشتري فيجعلون عهدهم عليه ، ولو كان كذلك كان يؤخذ من يده الجميع وهم فإنما يأخذون حصتهم وتبقى له حصته ، وليس كما قال أشهب : إنهم يجعلون عهدهم إن شاؤا على شريكهم الذى أخذ الجميع لغيبتهم وإن شاؤا جعلوها على المبتاع ، والله أعلم .

(١) فى أ : بنى .

(٢) فى أ : بنى .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : قول .

(٥) فى أ : عهدهم .

اعلم أنه إذا ابتاع شقصاً وعرضاً في صفقة ، لا يجوز أن يأخذ الشقص بما يخصه إلا بعد المعرفة [بما يخصه] ^(١) من الثمن ، لئلا يكون كابتداء شراء بثمر مجهول ، فإن فعل من غير معرفة لما يخصه فسخ ذلك ورجع فاستأنف الأخذ على ما يجوز .

قال مالك : ومن وجبت له شفعة فأتى أجنبي فقال : خذها بشفعتك ولك مائة دينار ربحاً أرباحك فيها ، لم يجز .

قال أشهب في كتبه : فإن نزل ذلك وأخذ شفعته وأعطاهها له بذلك وعلم هذا بيينة عادلة فليرد ذلك إلى المشتري الذي أخذ منه الشفع بالشفعة ثم يكون الشفع على شفعته إن أخذ ذلك لنفسه ، وإن لم يثبت ذلك إلا بإقرار الشفع [أو المشتري منه لم يرد ذلك لأنه إن كان الشفع] ^(٢) الذي أقر بذلك اتهم أن يكون أراد فسخ بيع المشتري منه وإن أقر بذلك المشتري من الشفع اتهم أن يكون ندم فيما اشترى وأراد رده ويأخذ من الشفع الثمن الذي اشترى به منه .

قال مالك : وليس للشفع أن يأخذ شفعته لغيره .

وذكر عن ابن شبلون - رحمه الله - قال : فإن قال رجل أجنبي للشفع : أنت مستغن عن شفعتك ولكن خذها لي ، وأعطاه الثمن فأخذها له وهي أرض ولم يعلم بذلك المشتري فبني فيه الرجل وغرس ثم عثر على ذلك .

قال : إن كانت قيمة الأرض أكثر من الثمن الذي أخذها به الرجل رجع المشتري على هذا الرجل فأخذ منه تمام القيمة ، وإن لم يكن فيها فضل مضت الأرض للرجل بالثمن ولا يرجع عليه بشيء .

وقال فيها أبو محمد [بن أبي زيد] ^(٣) : يرجع الشقص إلى المشتري كان فيه فضل أم لا ، ويكون ما بني فيه هذا الرجل كمن بني في أرض بشبهة ثم استحقت

(١) في أ : بحصته .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

من يده ، حكى عن أبى محمد : [أنه] ^(١) إذا قال البائع : بعت الشقص بمائتين ، وقال المشتري : بمائة ، قال : أما إذا تغيرت مساكن الدار فى يد البائع بطول زمان ونحوه ، ولم يتغير بناء ولا هدم ، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان وإن تغيرت الدار بهدم وهى فى يد البائع ثم اختلفا فى الثمن نظر إلى قيمة الدار مبنية وإلى قيمتها مهدومة ، فإن نقصها الهدم الربع كان ما نقصها ذلك من المشتري وقيل للبائع : أحلف بالله أنك بعته بمائتين ، فإذا حلف قيل للمشتري : أنت مخير إن شئت أخذتها بما قال البائع وإلا فاحلف على ما قلت ، فإذا حلف غرم فيما نقصها الهدم ربع الثمن الذى أقر به المشتري وفسخ عنه البيع فيما بقى منها .

وهذه المسألة مثل ما قال ابن عبدوس فيمن اشترى عبداً فقطعت يده عند البائع ثم اختلفا فى الثمن : أنه ينظر فإن نقصه القطع الربع أحلف البائع على ما قال ثم خير المشتري بين أن يأخذه بما قال البائع وإلا حلف المبتاع على ما قال وغرم ربع الثمن الذى أقر به المشتري وفسخ عنه بيع بقيته ، ولو مات العبد بيد البائع صدق المشتري فى الثمن مع يمينه وصار هو المدعى عليه .

قال عبد الحق : اعلم أن ما وقع فى « الكتاب » من قوله : (إذا اشترى شقصاً بألف [درهم]) ^(٢) ثم وضع عنه البائع تسع مائة وقيمة الشقص عند الناس مائة ، إن الشفيع يحط التسع مائة (لأن ما أظهر من الثمن إنما كان لقطع الشفعة ، وإن لم يشبه ثمن الشقص مائة فلا يحط الشفيع شيئاً ، وقوله فى موضع آخر : (إن وضع عنه ما يحط فى البيوع وضع عن الشفيع ، وإن كان مالا يحط مثله فى البيوع فهى هبة لا يحط الشفيع شيئاً) وهذا كله غير مختلف وراجع إلى شيء واحد لأن معنى قوله (إن حط مالا يحط فى البيوع لا يوضع عنه شيء) يريد : وثمن الشقص أكثر من الباقي بعد الحطيطة ، وأما إن كان ثمن الشقص مثل الباقي من الثمن بعد الحطيطة فأقل فالأمر على ما ذكر أولاً أن إظهارهما جملة الثمن سبب لقطع الشفعة ، فتدبر ذلك . [ق/١٩٦] .

(١) زيادة من أ .

(٢) زيادة من أ .

والخطيطة فى هذا الفصل على ثلاثة أقسام : منها ما يكون هبة للمبتاع لا يحطه الشفيع ، ومنها ما يشبه خطيطة البيع فيحطه الشفيع ، ومنها ما يظهر أنه لقطع الشفعة فيسقطانه فيكون الباقي من الثمن مثل قيمة الشقص ، فهذا يحطه الشفيع لانتهاهما أن يجعلها جملة ما أظهرها سبباً لقطع الشفعة كما بينا ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : قد قيل فى مسألة ابن القاسم : إذا ابتاع شقصاً له شفيع غائب فقاوم شريكه ثم جاء الشفيع ، إنما قال ابن القاسم : ينقض القسم لأنه قاسم من غير حكم ، وأما إذا رفع إلى الحاكم فالقسم ماض ويأخذ الشفيع ما وقع له فى القسم ، والله أعلم .

قال ابن المواز فى كتاب الزكاة : إنما منع [مالك] ^(١) فى الشفعة أن يجعل الإقالة بيعاً [حادداً] ^(٢) لتهمتهما عنده أن يكونا إنما أرادا نقض البيع الأول فراراً من الشفعة فحكم مالك بالشفعة فى البيع الأول الثابت عنده وترك القيلولة للشك فيها .

قال أشهب فى كتاب الشفعة لمحمد : وسواء كان البائع هو المستقيل أو المشتري فلا يأخذ الشفيع شفعة إلا من المشتري وعليه يكتب عهده .

قال محمد : ولو وقف الشفيع على الأخذ أو الترك فسلم شفيعته ثم استقال المشتري وأقاله البائع كان للشفيع أن يأخذ شفيعته من البائع لانقطاع التهمة عنه فصارت الإقالة ها هنا بيعاً من البيوع وصار ذلك مثل ما لو [ق/ ٨٩ ج] ولأه غيره لكان للشفيع الشفعة على من شاء منهما .

قال أشهب : والقياس عندى إذا استقال البائع المشتري فأقاله من غير زيادة ولا نقصان فى الثمن من قبل أن يسلم الشفيع شفيعته للمشتري أن للشفيع أن يأخذ شفيعته ممن شاء منهما ، ولكن الاستحسان فيه أن لا يكون له شفعة على المشتري كما وجبت عليه ، لأنه يترك فراراً من المشتري ، وأما إن كانت الإقالة منهما بزيادة أو نقصان كان للشفيع الشفعة على أيهما شاء .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : قائماً .

قال أشهب : ولو قال به أحد فى الإقالة بلا زيادة ولا نقصان فأعيب ذلك عليه .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا اشترى شقصاً بيعاً فاسداً فأخذه الشفيع ففات الشقص عند الشفيع فإنه يكون عليه الأقل من قيمته يوم قبضه المشتري أو قيمته يوم قبضه هو لأن أخذه كان فاسداً .

حكى عن أبى محمد فى مسألة التولية فى البيع فاسداً إذا كان المشتري اشترى على أن أسلف ، قال : وينبغى على قول ابن القاسم إذا فاتت بيد المشتري الأول أن يكون عليه الأقل من قيمتها أو [من] ^(١) الثمن ، وأما إن فاتت السلعة بيد المولى فانظر فإن كان إنما ولاء على نحو ما ابتاع هو من البيع والسلف لزم المولى ما يلزم المبتاع الأول وهو الأقل كما ذكرنا ، وإن كان المبتاع الأول إنما قال له : قامت على بمائة ، ولم يذكر السلف فولاه بذلك ، فهانئ إذا فاتت بيد المولى نظر إلى قيمتها يوم ابتاعها الأول بلا سلف ، فإن قيل : خمسون ، نظر كم قيمتها بالسلف أيضاً ذلك اليوم ؟

فإن قيل : ستون ، كان على هذا المبتاع الثانى قيمتها يوم قبضها هو من المبتاع الأول إلا أن تكون أقل من خمسين فلا تنقص ، أو تكون أكثر من المائة فلا يغرم [غير المائة] ^(٢) .

قال لى بعض القرويين : إذا اشتراها بمائة على أن أسلف عشرة ، فقال هو : قامت على بمائة فأخذها منه المشتري بذلك .

قوله فى « الكتاب » : (خير المبتاع فى أخذ السلعة أو ردها) يريد : المبتاع الثانى ، فإذا خير فردها إلى المشتري الأول خير الأول بين إسقاط السلف والتمسك بالبيع وإلا رد البيع ، لأن الأول اشترى على أن أسلف والثانى كذب فى الثمن لما لم يذكر له المبتاع الأول السلف فإن فاتت عند المشتري قبل أن يعلم بهذا فعليه الأقل من

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : إلا مائة .

قيمتها أو [من] (١) المائة ، هذا الذى فى « الكتاب » ، وقول أبى محمد فى قيمة السلعة بالسلف لا تفيد هذه القيمة شيئاً لأنه إنما جعل عليه القيمة إلا أن تكون أقل من قيمتها بلا سلف فلا تنقص أو تكون القيمة أكثر من المائة فلا يغرم غير المائة فصارت القيمة بالسلف ملغاة فهذا معيب من كلام أبى محمد ، وأما باقى كلامه فيمكن أن يرد إلى ما فى « الكتاب » وذلك أن يقال : قوله فى « الكتاب » : (الأقل من القيمة أو الثمن) يريد : ما لم تكن القيمة - إن كانت هى الأقل - تنقص عن القيمة [ق/١٩٧] بلا سلف فلا تنقص من القيمة بلا سلف شيئاً ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : قوله : (إذا كان بينهما أرض [ونخل] (٢) فاقسما النخل خاصة لا شفعة لأحدهما فيما باع الآخر من النخل) إنما تصح قسمة النخل دون الأرض إذا قسما النخل على التراضى منهما مع مواضعها من الأرض وتركما ما بين النخل من الأرض شائعاً بينهما [فها هنا] (٣) يصح كون الأرض مشتركة وتكون النخل مقسومة وإلا فلا يصح ذلك ، لأن الأرض لا تقسم إلا مع الأصول ولا يفرد قسم النخل وحدها فى مذهبه ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : ذكر لى عن الشيخ أبى الحسن فيما وقع فى بعض الروايات : إذا اشتري شقصاً بطعام بعينه وأخذ الشفيع ثم استحق الطعام ، أن الشقص لا يرد ويرجع بمثل الخطيئة .

قال : إنما يعنى أنه استحق طعام المشتري والشفيع لم يدفع بعد شيئاً فها هنا على الشفيع مثل الطعام ويمضى الشقص له ، فجوابه فى غرم المثل على الشفيع ليس على المشتري ، وأما المشتري فإنما عليه قيمة الشقص ، والله أعلم .

[فعلى هذا] (٤) التأويل المسألة جيدة ليس فيها ما ينكر ، فاعلم .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : فهذا .

(٤) فى أ : فهذا .

قال بعض القرويين : وجه استحسان مالك أن تكون الشفعة في الثمرة إنما هو منه قياس على العرايا التي جوزت من أجل الرفق وقطع واطلة الرجل بالشفعة في الثمار مثل هذا ، والله أعلم .

وإنما لم تكن فيها إذا بيعت شفعة لأنها إذا بيعت استغنت عن الأصول فأشبهه ما لو جذت وزايلت الأصول أنها لا شفعة فيها ، وأما ما لم تيسر فهي غير مستغنية عن الأصول فكان لها حكم الأصول ، والله أعلم .

قال عبد الحق : أعلم أنه إذا اشترى الأرض بزرعها فاستحق رجل نصف الأرض خاصة وأخذ النصف الآخر بالشفعة ، للمشتري أن يمسك نصف الزرع وهو ما قابل النصيب المأخوذ بالشفعة ، لأنه لم يتقضى فيه البيع ، لأن الأخذ بالشفعة كالبيع المبتدأ ، لأنه يؤدي فيه ثمنًا وتكون عهده على المشتري ، وهكذا قال لى بعض شيوخنا من القرويين ، وهو بين ، والله أعلم .

وقد ذكر ابن المواز خلاف هذا : أنه إذا أخذ المستحق بالشفعة [انتقض] ^(١) البيع في الزرع كله ورد إلى البائع .

وهذا قول فيه نظر ، وكان الذى قدمنا أصوب ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا استحق [رجل] ^(٢) من يد المشتري نصف ما اشتراه من النخل وقد جذ المشتري الثمر قبل أن يؤبر نظرت فإن كان المشتري قد وقع شراؤه للنخل وفيها ثمرة فإن حصاص الثمرة المجذوة تحسب على المشتري في النصيب المستحق لبائعه ، وحصاص الثمرة في النصيب المستشفع إذا أخذه بالشفعة يحسب عليه أيضاً للشفيع ، ففي [النصف] ^(٣) المستشفع إنما يغرم المستحق ما قابل ما استشفع ويسقط عنه ما ينوب الثمرة التي أخذ المشتري ، وإذا رجع المشتري على بائعه من أجل النصيب المستحق يحسب عليه البائع حصاص الثمرة

(١) في أ : بطل .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : النصيب .

التي جذ ويعطيه ما يخص الأصول ، فاعلم أن حصاص الثمرة محسوب لهما جميعاً ولو كان المشتري إنما وقع شراؤه للنخل وليس فيها ثمرة فجذها وهى طلع أو اشترى الأصول وفيها طلع ثم جذها بعد الإبرار فها هنا فى الوجهين جميعاً لا يحاسب بالثمرة ، ولا يحاسبه البائع منه إذا رجع عليه من أجل النصيب المستحق ولا المستحق إذا استشفع جميعاً لا يحاسبانه بها لأنها إن لم يكن فيها شيء فإنما صارت طلغاً بعمله وإن كان فيها طلع وأبرت فقد زادت بعمله وعلاجه ، فإذا [جذها] ^(١) صارت له غلة ، هكذا حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين فى جميع ما [قدمته] ^(٢) ، قال : ونحوه لأشهب .

وإذا اشترى النخل وفيها طلع ثم باعها وقد أبرت فأكله المشتري الثانى ثم أتى مستحق فاستحق نصف الأصول فإن الثمرة هاهنا ينبغي أن تكون للمستحق ولا تكون للمشتري الأول ولا الثانى ، أما الثانى فلا تكون له لأنها لم تتكون عنده ولا يصح أن يعطاها بحصتها من الثمن فيصير كبيع لها قبل بدو صلاحها ، ولا يصح أن يأخذها ويرجع بالثمن فيصير [ق/ ٩٠ جـ] كبيع لها قبل بدو صلاحها ، ولا يصح أن يأخذها ويرجع بالثمن فيصير أخذ الثمن والثمرة ، ولا يصح أن يدفع إلى المشتري الأول لأنها لم تصر غلة عنده و [ولا تكونت] ^(٣) بعمله ، فلما بطل كونها للأول وكونها للثانى [ق/ ١٩٨ أ] لما وصفناه كان أقل ذلك أن يكون للمستحق ، والله أعلم .

قال : وفى الموضع الذى يجب على المستحق [غرم] ^(٤) السقى والعلاج إذا كان البائع من هذا المشتري قد تقدم له أيضاً سقى وعلاج فلا بد أن يغرم ذلك لهما جميعاً إذا لم يكن البائع من هذا المشتري غاصباً .

قال عبد الحق : إذا اشترى نخلاً ولا ثمر فيها غير مأبور ثم [أفلس] ^(٥)

(١) فى أ : أقدها .

(٢) فى أ : قدمناه .

(٣) سقط من جـ .

(٤) فى أ : عنه .

(٥) فى أ : فلس .

المشتري فالبائع أحق [بالأصل] ^(١) والثمرة [ما لم يجذ الثمرة] ^(٢) ويأخذها وإن ييست ، وأما في الشفعة فإنما يأخذها ما لم تيسر ، وأما في البيع الفاسد وفي الرد بالعيب ففي « كتاب ابن المواز » : أنه إنما يأخذها ما لم تطب ، فإذا طابت فهي غلة للمبتاع ، وأما في الاستحقاق فاختلف قول ابن القاسم هل له أخذها إن ييست ، ففي « كتاب ابن المواز » : إن ييست أو جذت لم يأخذها وهي غلة للمبتاع ، وفي رواية لأبي زيد عن ابن القاسم : يأخذها ما لم تفارق الأصول .

فهذه خمسة أسئلة التفليس والشفعة والبيع الفاسد والرد بالعيب والاستحقاق أحكامها على ما قدمنا .

ولو كان المشتري إنما اشترى هذه النخل وثمرها قد أبر .

فأما في الشفعة فيأخذها ما لم تيسر أو تجذ ، [فإذا] ^(٣) ييست أو جذت أخذ الأصول بالشفعة بحصتها من الثمن [بقيمتها] ^(٤) من قيمة الثمرة يوم الصفقة لأن الثمرة وقع لها حصة من الثمن .

وأما في الاستحقاق فيأخذها وإن جذت ، وإن فاتت أغرمه المكيلة إن عرفت أو القيمة إن لم تعرف .

وأما في الرد بالعيب [وفي البيع الفاسد] ^(٥) فيأخذها البائع وإن جذت ، وإن فاتت فعلى المشتري مثلها في البيع الفاسد ، وكذلك إن رد بالعيب ولم يرضه رد المثل أيضاً .

وأما في التفليس فيأخذها وإن ييست ، فإن فاتت أخذ الأصول بمنابقتها [من الثمرة وحاصل الغرماء بما ينوب الثمرة] ^(٦) من الثمن ، وقد جعل سحنون قوله في الرد بالعيب : يرد الثمرة ، وقوله في الأخذ بالشفعة : يسقط عنه حصاص الثمر ، اختلاف قول .

وقال ابن عبدوس : عندى الرد بالعيب من الأخذ بالشفعة ، لأن الرد بالعيب

(١) في أ : الأصول .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : فإن .

(٤) في أ : بحصتها .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من جـ .

نقض بيع ، فإن حسب للثمرة حصة صارت مبيعه بلا أصل وفي الشفعة البيع الأول ثابت والشفعة بيع مؤتلف ، فحسن أن تسقط الثمرة بحصتها .

وقال ابن المواز فى الأخذ بالشفعة : قال ابن القاسم مرة : له الثمرة ما لم [تيسر] ^(١) أو تجذ فإن جذت وهى صغيرة أو كبيرة فلا يأخذها ويحط عن الشفع [حصتها من] ^(٢) نصف الثمن ، ورواه عن مالك .

وقال مرة : يأخذها وإن ييسر أو جذت أو يأخذ مثلها إن فاتت وعرف كيلها ، وإن لم يعرف [كيلها] ^(٣) أو كان جذها صغيرة لم تطب يأخذ فيها بمثل ونقض الثمن عليها وعلى الأصول - ورواه أيضاً عن مالك - إذا كانت يوم الشراء مأبورة أو مزهية .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : قوله : (لا شفعة فى الرحى) معناه : فى الحجر الفوقى وأما [فى الحجر] ^(٤) فهو من البناء فيها الشفعة كقدر الحمام .

قال عبدالحق : اعلم أنه إذا اشترى نقضاً على القلع ثم اشترى أرضه بعد ذلك فأتى رجل فاستحق الأرض فإنه يأخذ النقض بقيمته مقلوعاً ، لأن المشتري إنما اشترى على القلع لا على البقاء ، والأرض قد خرجت عن ملكه بالاستحقاق فلا سبيل إلى بقاء الانقاض ، وأما إن اشترى العرصه أولاً ثم [بعد ذلك] ^(٥) اشترى الانقاض فالنقض ها هنا إنما اشترى ليبقيه لا ليقبله ، لأنه أضافه إلى أرضه ، فلما كان ذلك كذلك وجب إذا استحققت العرصه أن يأخذ مستحقها النقض بالقيمة قائماً لا مقلوعاً كما قال لو أحدث المشتري هذا البناء ، فكذلك إذا اشترى ، لأنه زاد فى ثمنه من أجل بقاءه ، إذ [قد] ^(٦) اشترى ليضيفه إلى أرضه ويبقيه فيها ، فإن أتى رجل فاستحق نصف العرصه خاصة فها هنا إن كان قد اشترى النقض أولاً للقلع ثم

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من أ .

(٤) زيادة من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

اشترى العرصه فإنما يأخذ مستحق نصف الأرض ما قابل ما استحق من الانقاض بقيمتها مقلوعة ، كما إذا استحق [العرصه] ^(١) كلها يأخذ الانقاض بقيمتها مقلوعة كذلك إذا استحق نصف العرصه يأخذ ما قبل ذلك من الانقاض بقيمتها مقلوعة ، وأما النصف الآخر الذى لم يستحقه فيأخذه بالثمن لأنه أخذ بشفعة ، وأما إن أتى رجل فاستحق نصف العرصه ونصف النقض فما هنا إنما يأخذ [ق/١٩٩ أ] النقض والعرصه بنصف الثمن كالأخذ بالشفعة ، لأنه حصل شريكاً فى الجملة فيأخذ المبيع بالشفعة بالثمن ، هذا الذى استحسن بعض شيوخنا من القرويين وقيده فى هذه الوجوه ، فتأمل ذلك .

قال غير واحد من شيوخنا من القرويين : الفرق بين أن يأخذ الشقص عوضاً عن دية خطأ وهى ذهب أو ورق : أنه يأخذ الشفيع الشقص بالدية ، وبين أن يأخذ الشقص عن الدية وهى إبل : أنه إنما يأخذ بقيمة الإبل ، بخلاف من اشترى شقصاً بعروض مضمونه ، هذا إنما [يأخذ] ^(٢) الشفيع بمثل [تلك] ^(٣) العروض المضمونه أن الإبل فى الدية غير [محصلة] ^(٤) فى الصنفه والعدد وإنما هى أسنان ، فلذلك أخذ بقيمتها وكان الغرر عنده فى القيمة أيسر من الغرر فى المماثلة ، وأما العروض إبلاً أو غيرها إذا لم تكن دية فهى محصلة الصنفه مضبوطة ، والدنانير والدراهم كانت دية أو غيرها وهى معلومه محصلة فيأخذ فى ذلك بالمثل ، هذا وجه تفريقه بين ذلك ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا وغيرهم : ويعطى قيمة الإبل [كما] ^(٥) ذكرنا حالة تقوم كم تساوى على آجالها ثم يكون حالة على الشفيع ، بخلاف إذا أخذ بنفس الدية التى هى ذهب أو ورق ، فاعلم ذلك .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : يأخذها .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : محملة .

(٥) فى أ : فيما .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما لم يكن للمقارض عهدة على رب المال فيما يأخذ بالشفعة لأن رب المال إنما أذن له في جر المنافع إليه ، وهذا ليس فيه منفعة ، لأنه يأخذ سلعة بثمنها سواء ، ثم يكون له عهدة وطلب عليه ، وأما إذا كان الشفيع رب المال فلا عهدة له على المقارض لأن العهدة في الأصل على [المال المقبوض] ^(١) والمال فلصاحب مال القراض فلا عهدة له .

قال بعض القرويين : قوله في مسألة الذي أعر عمرى على عوض : (يرد غلتها) يعنى : يرد كراء مثل الدار ، وأما ما يأخذ من غلة فهي له ، فليس ما قال ابن المواز فى ذلك [خلافاً] ^(٢) لما فى « المدونة » بل الأمر على ما وصفناه وقد ذكر ابن المواز فى الرابع من البيوع عن ابن القاسم فيمن اكرى داراً كراءً فاسداً فيكرها من غيره كراءً صحيحاً مكانه أن ذلك فوت ولا ينقض الكراء الآخر ويرجع فيه إلى قيمة كراء مثلها ما بلغ لأن الكراء بمنزلة البيع الفاسد وينفذ الكراء الثانى على ما وقع .

قال أصبغ : وهو الشأن والصواب .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى [ق/ ٩١ ج] الحائط يكون بين دارين لرجلين والحائط خاصة مشترك فباع أحدهما داره بحقوقها فدخل الحائط فى الشراء فلشريكه فيه أن يقوم بالشفعة ، وتقوم الدار بغير اشتراط الحائط وتقوم بالحائط فما ناب الحائط من الثمن أخذ الشفيع بذلك كشيء بيع لا شفعة فيه مع شيء فيه شفعة أن الثمن نقض على ذلك ويأخذ الشفيع بما ينوب ماله الشفعة فيه ويسقط منابه الشيء الآخر ، وهذا بين [فاعلم ذلك] ^(٣) .

اعلم أنه إنما قال ابن القاسم فى مسألة الدارين يشتريهما فى صفقة فيستحق من التى ليست بوجه الصفقة أكثرها : أنه [يرد جميعها] ^(٤) ولم يقل : يرجع

(١) فى أ : المقارض .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : يردها كلها .

بحصاص المستحق فقط ، لأن هذا الاستحقاق قد عاب جميعها لكثرتة وبقي اليسير منها فجري ذلك فيها مجرى العيب أنه يرد جميعها ويرجع بحصتها ، بخلاف إذا بقيت أكثر المنافع فيها لاستحقاق أقلها ، وهذا الذي حفظت في وجه كلام ابن القاسم .

واعلم أنه إذا استحق في وجه الصفقة من الدارين كثير ليس له التمسك بما بقي كان المستحق جزءاً شائعاً [أو شيئاً] ^(١) بعينه لأن التقويم ها هنا لا بد منه من أجل الدار الأخرى ، فذلك مجهول فتدبره .

تم كتاب السَّفعة بحمد الله وحسن عونه .

(١) سقط من أ .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب القسم

اعلم أنه إنما لم يجمع سهم رجلين فى القسم بالسهم لأن القسم بالسهم فى نفسه إذا أفرد فيه نصيب كل واحد غرر ، وإنما جوز للضرورة إذ كل واحد محتاج إلى تمييز نصيبه ولا ضرورة داعية فى جمع رجلين فأكثر فمنع من ذلك لاتساع الغرر وارتفاع الضرورة وخروج موضع الرخصة عن حده .

واعلم أنه إذا اشترى من رجل عمره فى داره من غير أن يشتري من رقبة البيان شيئاً إنما يجوز ذلك إذا كان يصل من الممر إلى موضع له كدار له أخرى أو شيء ينتفع به ، فأما إن لم يكن فيه منتفع فلا يجوز هذا الشراء وهو من أكل المال بالباطل .

قال بعض [ق/ ٢٠٠] شيوخنا من أهل بلدنا : فإن كان يصل منه إلى دار له فكان البيع صحيحاً واستحقت داره فبقى الممر لا [منفعة] ^(١) له فيه فلا ينتقض البيع فيه لأنه قد وقع جائزاً يوم عقد بيعه .

قال : ولو اشترى طريقاً لممر ورقبة الممر فيه جاز شراؤه ، وإن كان لا يصل منه إلى دار له أخرى أو إلى شيء ينتفع به لأنه لما اشترى الرقبة فقد ملك الموضع وهو يقدر على أن يعمل فيه شيئاً ما من غرس شجرة أو نحو هذا من المنافع ، وإنما مسألتنا المتقدمة إذا اشترى الممر دون الرقبة ، فاعلم .

قال ابن عبدوس [: ومسألة] ^(٢) الحائط فيه ألوان من الثمر : إنما يبدأ فيه القاسم إذا كان من أهل المعرفة بقيمة ذلك الموضع فيقوم النخل نخلة نخلة على ما عرف من حملها فقد تكون شجرة لها منظر وهى قليلة الثمرة وأخرى لا منظر لها وقد عرفت بكثرة الحمل ، فإذا فرغ من القيمة جمعها كلها فيقسمها على قدر السهام يعرف ما ينوب كل سهم ثم يضرب بالسهم على أى [الطرفين] ^(٣) يبدأ ، فإذا عرف

(١) فى أ : شفعة .

(٢) فى أ : فى مسألة .

(٣) فى أ : الطرفين .

ذلك كتب أسماء الأشراك كل واحد فى رقعة ثم يخلطها فى كفه ثم يخرج رقعة فإذا خرجت أعطى [صاحبها] ^(١) من الناحية التى وقع عليها السهم [فأعطاه] ^(٢) شجرة شجرة حتى يكيل له جميع ما صار له فى القيمة ، فإن أتى حقه على تمام شجرة فقد استوفى حقه وأعطى الثانى كذلك ، والثالث حتى ينقضى جميع الحائط ، فإن كان الأول أو الثانى لم يأت حقه على تمام شجرة وبقي له كسر فى القيمة أعطى ذلك من شجرة فيكون شريكاً فيها بقدر ما بقى له ربعها أو ثلثها أو ما كان من الأجزاء وأعطى لمن بعده بقية الشجرة وألف إلى ذلك من الشجر تمام حقه ، على هذا تكون قسمة النخل وإن كان بعضها أفضل من بعض إلا أن يأتى من ذلك أمر متباين جداً فلا يجمع الصنف مع [ما باينه] ^(٣) من صنفه وقسم هذا على حدة وهذا على حدة .

قال أبو بكر الأبهري فى التفرقة بين سائر الثمار وبين النخل والعنب فى القسم بالخرص : وجه هذا القول أن الخرص لم يجر فيها فيعرف ذلك كما جرى فى النخل والعنب ، إذ قد عرف ذلك فى النخل والعنب ولم يعرف فى سائر الثمار ، ولأن ثمرة النخل والعنب متميزة عن الشجر وورقه يرى ويعاين وليس كذلك سائر الثمار لأنها مختلطة بالورق كلها ولا يتميز منه فافترقا بهذه العلة .

قال عبد الحق : اعلم أن البقل القائم والزرع والبلح الصغير هذه الثلاث مسائل جاءت ألفاظ « الكتاب » فيها مختلفة وهى سواء يجوز القسم فى ذلك كله على التفصيل البين وعلى العدل إذا كان على أن يجر ذلك فى الوقت .

قال عبد الحق : قال لى بعض القرويين : إذا دعا بعض الأشراك إلى قسم الثمرة ودعا الآخرون إلى بقائها وهى مزهية أو بلح كبير ، ذلك مفترق ، وأما إن كانت مزهية فمن دعا [منهم] ^(٤) إلى [قسمها] ^(٥) بالخرص فذلك له ، وأما إن كانت

(١) فى أ : لصاحبها .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : ثانيه .

(٤) زيادة من أ .

(٥) فى أ : قسمتها .

بلحاً فمن دعا [منهم] ^(١) إلى بقائها كان له ولا يقسم بالخرص إلا عند التراضي .

والفرق بين ذلك : أنها إذا كانت مزهية فالداعي منهم إلى بقاء الثمرة يقدر على ذلك إذا وقع القسم ، وإذا كانت بلحاً لا يقدر الذي أراد البقاء على ما أراده لأن بقاءها إلى الطياب يفسد القسم ، فاعلم ذلك .

اعلم أنهما إذا اقتسما البلح الصغير ثم أكل أحدهما [حظه] ^(٢) أو بعضه وأزهى نصيب الآخر انتقضت القسمة ويرد الأكل قيمة ما قبض على الجذ ليس على الرجاء والخوف ، بخلاف من اشترى بلحاً على أن يتركه حتى يطيب فكان البيع فاسداً ثم جذه هذا عليه قيمة ذلك على الرجاء والخوف لأنه على الترك اشترى واللذان تقاسما إنما تقاسما على [الجذ] ^(٣) فهذا مختلف ، وإذا اقتسما البلح الصغير ثم تركاه حتى صار بلحاً كبيراً ، فقد قال في « الكتاب » : ينظر إن كانا قد اقتسماه على تفاضل أو كان إذا كبر يتفاضل ، ولو اقتسما هذا البلح الصغير ثم أكل أحدهما حظه وبقي نصيب الآخر حتى صار بلحاً كبيراً فلا ينتقض القسم ، لأن البلح الصغير بالكبير متفاضلاً جائز فلا تفسد القسمة اقتسما أولاً على تفاضل أو غير تفاضل بخلاف مسألة « الكتاب » التي قدمناه ، لأن فيها أنهما تركاه جميعاً حتى صار بلحاً كبيراً [فقد آل] ^(٤) الأمر فيها إلى كونها بلحاً كبيراً وهو لا يجوز التفاضل فيه فيفسد القسم [ق/ ١٢٠] إذا اقتسما أولاً على التفاضل أو كان إذا كبر يتفاضل ، وجميع الوجوه التي [قدمت] ^(٥) حفظتها عن بعض شيوخنا من القرويين [فاعلمه] ^(٦) وهو كله بين ، والله أعلم .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا باع منه عشرة أثواب فقبضها المبتاع ، ثم قال

(١) زيادة من أ .

(٢) في أ : حصته .

(٣) في أ : أن يجز .

(٤) في أ : فآل .

(٥) في أ : قدمنا .

(٦) سقط من ج .

البائع : لم أبع إلا تسعة ، وغلطت بالعاشر ، وفاتت الثياب بيد المشتري ، فإنه ينظر فإن كان البائع قد انتقد الثمن لم ينزع منه من يده شيء لحيازته إياه ، ولا بد من رد الثوب العاشر لأنهما لما يتقاررا أنه انعقد [ق/٩٢ج] فيه بينهما بيع ، وإن كان البائع لم ينتقد فإنما يغرم المشتري من الثمن ما يخص التسعة أثواب ويسقط عنه ما ينوب الثوب المختلف فيه ولا بد من رد ذلك الثوب إلى البائع ، وفي « كتاب شرح القسم » لابن عبدوس بيان هذا .

اعلم أن طرثان الوارث على الورثة والغريم على الغرماء سواء في رجوعه على جملتهم ولا يأخذ بعضهم ببعض إذا غاب أو أعدم بعضهم ، وطرثان الموصى له بجزء شائع كطرثان الوارث على ورثة إذا وجد بعضهم معدماً لا يأخذ من كل واحد إلا ما يقع عليه ، وأما إن طرأ موصى له بدنانير [له] ^(١) مسماة على ورثة فما هنا إذا وجد بعضهم معدماً رجع على من وجد موسراً بدنانيره ما لم تكن الدنانير أكثر من ثلث ما بيد الذى وجد موسراً ، هكذا قال لى بعض شيوخنا من القرويين ، لأن الذى وجد يقيمه مقام مال الميت بأسره فإنما له ثلثه ، [وإن كان بعضهم غائباً فكذا] ^(٢) لجواز أن يكون باقى المال قد ذهب من أيديهم ، فاعلم ذلك .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : قوله فى [الحافلة] ^(٣) لتقاسمن إختوتها : (ترفع إلى الإمام خوفاً من الدلسة فتحنث) يريد بالدلسة أنهم قد يظهروا القسمة ليبرؤها من اليمين فإذا وقع القسم بحكم سلمت من ذلك .

وقال لي غيره من شيوخنا من أهل بلدنا : إنما قال ذلك خوفاً أن يعين فى القسم فيؤدى ذلك إلى نقضه فلا تبر فى يمينها إذا كانت قد حلفت على أمر يفوت كمثل أن تضرب أجلاً أو تحلف ألا تسكن هذه الدار حتى تقاسم ، ونحو هذا من الأمور التى يفوت الأمر فيها ، فأما إذا لم تؤقت ولا كان شيئاً مما وصفنا فهى تقدر

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : الحافلة ، خطأ .

على المقاسمة فى المستقبل إذا كانت قد عينت .

قال عبد الحق : قال أبو محمد [بن أبى زيد] ^(١) فى « كتاب الذب » :
الفرق بين عتق الوالد عبد ابنه الصغير عن نفسه ، وبين صدقته ماله وهبته للناس :
أن العتق أدخل به الأب على نفسه تمليك شيء يعجله وهو ملك الولاء وإنفاذه العتق
عن نفسه ، فذلك تمليك منه لنفسه مال ولده وله أن يملك مال ولده الصغير بالمعاوضة
فأجزنا ذلك وألزمناه القيمة ، وأما الهبة والصدقة فإنما أخرج ذلك من ملك ولده
[إلى ملك غيره] ^(٢) بغير عوض لولده ولا لنفسه عاجلاً ولا آجلاً .

قال لنا بعض شيوخنا من القرويين : الذى تحصل عندى فى وجود العيب بعد
القسمة هو أن ينظر فإن كان العيب يسيراً كالربع فأقل رجع بحصة ذلك ثمنًا ، وإن
كان نحو النصف والثلث فيكون بحصة ذلك شريكاً فيما بيد صاحبه ولا ينتقض
القسم ؛ وإن كان فوق النصف فهذا ينتقض القسم ويطل كله ويسقط ما كان
بينهما من التغابن ، وأما فى مثل الثلث والنصف مما لم يجد به العيب ولا استحق
فمضى فيه القسم والغبن الذى تغابناه ، فهذا الذى يتحصل من ذلك ، والله أعلم .

وقال : الفرق بين العفن من الطعام بالعفن وبين المبلول بالمبلول : أن العفن لا
صنع لهما فيه فلذلك جاز إذا اشتبه فى العفن ، والبلل ربما كان من فعلهما ، وهو
أيضاً فهو يقدر على تركه إلى جفافه والعفن يبقى كذلك لا يزول عفنه [فالضرر] ^(٣)
فيه أكثر ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إنما قال ابن القاسم : فيمن اشترى عبداً فباع نصفه ثم استحق
رجل ربع جميع العبد : إن للمشتري الثانى أيضاً أن يرد ما بيده ، وإن كان على
ضرر الشركة دخل لأنه قد يزيد الضرر بدخول شريك آخر ، فهذا وجه قول غير
واحد ، [فاعلم] ^(٤) .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : إلى غير ملك ولده .

(٣) فى أ : فالضرورة .

(٤) فى أ : والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى الجدار الذى هو سترة بين رجلين وهما مشتركان فيه : لا يقتسمان أعلاه ، لأنه قد يقع لأحدهما ما هو قبالة صاحبه فلا يتنفع به وإنما [يبين] (١) كل واحد بنصف جميع الحائط .

وقال فى مسألة النخلة والزيتونة بين الرجلين : شرط الاعتدال الذى ذكر يوجب قسم القرعة ، وشرطه للرضا يسقط مراعاة الاعتدال لأن ما تراضيا به جائز على [ق/٢٠٢] الاعتدال أو غيره ، لكن قول ابن القاسم ها هنا مطابق لمذهب أشهب الذى يرى أن الصنفين إذا [عدلا] (٢) بالقيمة وتراضيا على قسمهما بالقرعة جائز ، [فهذا] (٣) قول ابن القاسم فى هذه المسألة كقول أشهب سواء ، والله أعلم .

وأما مسألة الحائط يكون فيه أنواع من الثمر ، وإنما استحسن هناك جواز القسم لما فيه من الفرق .

قال ابن حبيب فى قوله : (إن الزوجة يقسم لها فى طرف) ليس يعنى أن الزوجة تأخذ أبداً فى أحد الطرفين ، وإنما قال ذلك لأن العصبة كوارث واحد مع الزوجة لأنهم أهل سهم ، فيكتب اسم العصبة فى بطاقة واسم الزوجة فى [بطاقة] (٤) أخرى ثم توضع بطاقة هاهنا وأخرى هاهنا فتأخذ الزوجة أى طرف خرج لها ثم تقسم العصبة سهمهم بعد ذلك ، ولو كان مع العصبة والزوجة [مثل] (٥) من له فريضة مسماة مثل الأم والابنة أقرع بينهم فحيث خرج سهم الزوجة أخذته وإن كان فى الوسط .

قال عبد الحق : اعلم أن الفرق بين أخذ النقض فى العرصة المعارة لربها الغائب ، وبين أخذ الشفعة للغائب : أن نقض العرصة المعارة إن لم يأخذه له فات بالنقض فلا [يأخذه ولا] (٦) يقدر على أخذه [بعد] (٧) ، والشفعة هو يأخذها إذا

(١) فى أ : بنى . (٢) فى أ : اعتدلت .

(٣) فى أ : فهذا يدل على . (٤) زيادة من أ .

(٥) سقط من جـ .

(٦) سقط من جـ .

(٧) سقط من جـ .

قدم فهو أمر لا يفوت ولو انهدم ما اشترى هو له أخذه فافترقا ، وهذا بين ، فاعلم .
وتفسير القسم بالقلد على ما ذكر ابن حبيب - رحمه الله - هو أن [يأمر]^(١)
الإمام رجلين مأمونين أو يجتمع الورثة على ذلك فيأخذون قدرًا من فخار وشبهها من
الآنية فيثقبان في أسفلها بمتقب يسكانه عندهما ثم يغلقانها ويجعلان تحتها قصرية
ويعدان ما في جرار ، فإذا انصدع الفجر صبا الماء في القدر المعلقة فسال الماء من
الثقب في القصرية التي تحتها فكلما همّ الماء أن ينصب من القدر صبا الماء في القدر
حتى يكون سيل الماء من الثقب معتدلاً ، هكذا النهار كله والليل كله إلى انصداع
الفجر ثم ينحيان القدر ويقسمان ما اجتمع في القصرية على أقلهم سهمًا كيلاً أو وزنًا
ثم يجعلان لكل وارث قدرًا يحمل سهمه من الماء ثم يثقبان كل قدر بالمتقب الذي
ثقبا به القدر الأولى ، فإذا أراد أحد الورثة السقى ملئت قدره ثم علقها وصرف الماء
كله إلى أرضه وسقى ما دام الماء يسيل من قدره ، فإذا استوعبه ثم حقه ، ثم يأخذ
غيره من الورثة فيفعل أيضاً [ذلك]^(٢) ، فإذا تشاحوا في التبدئة استهموا في ذلك
وقاله ابن الماجشون وأصنغ وغيرهما .

تم كتاب القسم بحمد الله وحسن عونه

(١) في أ : يأخذ . خطأ .

(٢) في أ : كذلك .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ كتاب الوصايا الأولى

قال بعض شيوخنا [ق/٩٣ج] من أهل بلدنا : الوصية على ضربين : واجبة ، ومستحبة ، فإن كان عليه حق أو له حق فهي عليه واجبة ، وإن كان ليس له [شيء]^(١) ولا عليه شيء فهي مستحبة له ، وما جاء في الحديث من أنه لا ينبغي لأحد أن يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة^(٢) ، معناه : يبيت موعوگا ، فاعلم .

اعلم أنه إذا أوصى فقال : [ثلث]^(٣) رقيقى لفلان ، فإن لفلان ثلثهم بالقرعة ، وليس كالقائل : أثلاث رقيقى أحرار ، لأنه فى الوصية لفلان يصير شريكاً فى كل واحد ومن له جزء فى رقيق وقع نصيبه فى شئ بعينه [عند التقاسم]^(٤) ، فليس كالعق الذى لا بد أن يكون فى جميعهم إذ لا يستبد بعضهم به [دون بعض]^(٥) والوصية لهم واحدة ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى مسائل الوصايا : إذا قال : يبعوا عبدى من فلان ، أو اشتروا عبد فلان ، ونحو هذا ، فإنه يزداد فى المشتري وينقص فى المبيع ما بينك وبين ثلث قيمة العبد ، لأن البيوع وجدنا الناس يتغابنون فيها والميت لم يحدد ثمناً فيقتصر عليه ، فوجب من أجل المتعارف من التغابن أن [يقتصر]^(٦) فى الزيادة والوضيعة على ثلث ذلك الشئ ، لأن الثلث عدل فى الأصول .

واعلم أنهم إذا لم يجدوا من يشتري العبد بما يلزمهم من الوضيعة والثلث يحمل العبد ، فهذا هنا يقطع بثلث العبد وأما إن كان الثلث لا يحمل العبد فهذا هنا يقطع بثلث الميت ولا يقتصر على ثلث العبد .

قال أشهب فى [كتبه]^(٧) وفى « المجموعة » : وأما إذا قال : يبعوه من فلان ، فعليهم أن يعلموه بالوصية ، لأن الوصية [ق/٢٠٣ أ] هاهنا للمشتري ، فإن باعوه منه بأكثر من ثلثي ثمنه ولم يعلموه بالوصية ، فإنه إذا علم بها يرجع عليهم بما زاد على ثلثي ثمنه .

وقال أصبغ فى « الثمانية » : كان ابن القاسم يقول : إذا لم يعلم المشتري بالوصية [حتى]^(٨) اشتراه بأكثر من ثلثي ثمنه فقد لزمه ولا يرجع بشئ .

(١) سقط من ج .

(٢) أخرجه : البخاري (٢٥٨٧) ومسلم (١٦٢٧) . من حديث ابن عمر رضي الله عنهما .

(٣) فى أ : أثلاث . (٤) فى أ : فى المقاسمة .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : يقتصروا .

(٧) فى أ : كتابه .

(٨) فى ج : حين

وقال أصبغ : وأنا أرى أن يرجع عليهم بثلث الثمن الذى دفعه ، لأن الوصية كانت له فليس للورثة أن يكتموه وصيته ، ولو اشتراه بأكثر من قيمته بكثير ثم علم بالوصية لم يرجع عليهم إلا بثلث قيمته لا بثلث الثمن الذى دفع .

ثم عاد الكلام إلى قول أشهب ، قال وأما إذا قال : يبعوه ممن يعتقه أو ممن أحب فليس على الورثة أن يخبروا المشتري بتلك الوصية ، لأن الوصية هاهنا إنما هى للعبد وليس عليهم أن يضعوا من ثمنه شيئاً ما وجدوا من يشتريه بأكثر من ثلثي ثمنه ، فإن أخذه بأكثر من ثلثي ثمنه ولم يعلم لم يرجع على الورثة بشئ ، ولو بذل لهم فيه ثلثي ثمنه فأكثر لزم الورثة بيعه منه بذلك إذا كان الثلث يحمله .

قال أبو محمد بن أبى زيد فيما ذكر عنه : والذى جرى فى المسألة فى قوله : (بيعوه من فلان أو ممن أحب أو ممن يعتقه) أن الورثة يلزمهم بيعه ممن بذل فيه ثلثي ثمنه ، إنما ذلك إذا كان العبد يحمله الثلث ، وكذلك قال فيها أشهب فى [كتبه] (١) .

قال أشهب : فأما إن كان العبد هو المال كله أو لا يخرج من الثلث فليس على الورثة أن يبيعوه بوضيعة ثلث ثمنه ولا قيمته كله ولو وجدوا من يشتريه بذلك ، ولكن يقال للورثة : إذا لم يحمله الثلث وقد أوصى أن يباع ممن أحب أو ممن يعتقه ولم يسمه إن وجد ثم من يشتريه بوضيعة ثلث ثمنه [فإنهم] (٢) بالخيار فى بيعه بذلك أو يعتقوا منه [ما حمل بتلاً من تركه] (٣) الميت لأن الوصية له .

فأما إن قال : يبعوه من فلان ، فالورثة بالخيار بين بيعه بوضيعة ثلث ثمنه أو يقطعوا لفلان بثلث الميت من كل شئ لأن الوصية له .

قال ابن عبدوس : قال سحنون مثل قول أشهب : إنه ليس للمريض أن يوصى ببيع عبده من أحد إن لم يحمله الثلث وإن لم تكن [له] (٤) فيه محاباة لأن الورثة قد نلكوا الثلثين بعد الموت ، فليس له أن يوصى ببيع ذلك من أحد .

قال أشهب : وكذلك لو لم يملك غير عبد فأوصى بثلثه لرجل وأن يباع منه ثلثاه بقيمتها فلا وصية له فى الثلثين .

قال أشهب : فإن أوصى الميت أن يباع عبده ولم يقل : من فلان ، ولا ممن

(١) فى أ : كتابه .

(٢) فى أ : فأنتم .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

أحب ، ولا ممن يعتقه فإن شاء الورثة باعوه أو تركوه لأنه ليس لأحد فيها حق .

قال بعض القرويين : إذا أوصى أن يباع عبده من رجل سماه ، فإنه يجعل في

الثالث قيمة رقبة العبد ، فإذا حملها الثالث جازت الوصية ، بخلاف أن لو باع عبداً في مرضه وحابى فيه هاهنا إنما يجعل في الثالث المحاباة خاصة ، لأن هذا بتل البيع على نفسه ، وعلى الورثة ، والذي أوصى أن يباع إنما ألزم ذلك الورثة ولم يلزم نفسه ذلك لأنه لو عاش لم يلزمه من ذلك شيء ، وإذا أوصى أن يباع عبده من فلان فكان قيمة العبد ثلاثين ديناراً وأوصى لرجل بعشرة دنانير أو بعشرين وترك من المال سوى العبد ستين ديناراً فوصيته كلها جائزة لأن ثلثه حملها لأن ما وصى به من الدنانير تجعل فيما يأخذه الورثة من الذي أوصى أن يباع منه العبد ، لأن العبد قيمته ثلاثون ديناراً فحط للذي يباع [منه] ^(١) ثلث قيمته ويؤخذ منه عشرون ، فيجعل ذلك في وصية الميت وذلك بمنزلة أن لو قال : أسكنوا فلاناً دارى سنة وأعطوا فلاناً عشرة دنانير ، فإن كان الثالث حاملاً نفذ ذلك ، وإن ضاق الثالث فإن الورثة يخبرون بين أن يجيزوا وصية الميت على أن يكون لهم مرجع الدار ، [فإن] ^(٢) أبوا ، قيل لهم : ابرؤا من ثلث الميت ، فيتخاص فيه الموصى له بالسكنى بقيمة سكناه والموصى له بالعشرة . ولو كان في المسألة التي قبلها إنما ترك الميت خمسين ديناراً فإن الوصية لم يحملها الثالث لأن العبد قيمته ثلاثون ديناراً ، فحيثئذ يخير الورثة بين أن يجيزوا وصية الميت ، فإن أبوا قيل لهم : فابرؤا من ثلث الميت فيتخاص فيه الموصى له أن يباع منه العبد بعشرة دنانير [ق/ ٢٠٤ أ] لأنها التي تحط عنه من قيمته والموصى له بعشرين أو عشرة بقدر ما أوصى له به .

قال عبد الحق : إذا أوصى بعرق جاريته فأبت لم يقبل منها كانت من جوارى

الوطئ أم لا ، بخلاف إذا أوصى ببيعه ممن يعتقها .

والفرق بين ذلك : أن في الوصية بعرقها إنما أراد نفسه فلا بد من نفاذ وصيته ،

والذى أوصى ببيعه إنما أراد الثمن ، فلها أن تكره ذلك إذا كانت من جوارى الوطئ ، والله أعلم .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : وإن .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا قال : فلان وصى حتى يقدم فلان ،

فمات فلان فى غيبته أو قدم فلم يرض ، أن الموصى له باق على الوصية لا تسقط .

اعلم أن الأب يبيع على الابن الصغير عقاره ولا يعترض عليه ، وليس كالوصى

الذى لا يبيع إلا لنظر أو وجه على حسبما ذكر .

وكذلك الوصى لا يهب ريع الصغير لثواب لأن الهبة للثواب إذا فاتت بيد

الموهوب إنما عليه قيمتها وهو لا يبيع له بالقيمة [ق/ ٩٤ جـ] سواء إذ ليس فى هذا

نظر ، وأما الأب فتجوز هبته مال ولده للثواب ، بخلاف الوصى لأن الوصى إنما هو

بسبب الوالد فليس كالأب حقيقة بل هو أضعف حكماً منه .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا فى العبد الذى أوصى الميت إليه وفى الورثة

أكابر فوجب البيع للعبد فى الوجه الذى وصف فى « الكتاب » أن وصية العبد بالبيع

مفسوخة .

قال بعض القرويين فى الوصى يؤخر الحالف على القضاء بالدين الذى قبله

والورثة صغار : إنما يجوز تأخير الوصى والورقة صغار : إنما يجوز تأخير الوصى

ويبر الحالف إذا كان ذلك على وجه النظر مثل أن يكون الحالف لا بينة عليه فيخاف

جحوده أو كثير الدين ، فإن قام الوصى يطلبه فلس ولم يقع للأطفال إلا بعض دينهم

وهو إذا أخره إلى أجل رجا أن يقتضى منه جميع دينهم ، فأما إن لم يكن التأخير

لهم حسن نظر وإنما أخر الوصى الحالف من أجل يمينه لثلاثيحت ، وليس للأصاغر

فى ذلك حسن نظر لم يجر ذلك للوصى ولا يبر بذلك الحالف إلا أن يكون التأخير

يسيراً مما يبر فيه الحالف ولا يضر الأطفال ، وإن لم يكن [لهم] ^(١) فيه منفعة

وليس عليهم فيه ضرر فيبر بذلك الحالف ويكون التأخير مما يختلف فيه فيقال : فيه

حسن نظر ، ويقال : لا نظر لهم فى ذلك فيجوز ويبر بذلك الحالف ، وهذا معنى ما

عند ابن المواز ، وكذلك كان شيوخنا يفسرونه .

اعلم أنه إذا أوصى لأم ولده بعرض من العروض على أن لا تتزوج فدفع إليها

فباعته أو وهبته أو أعتقه - إن كان مما يعتق - ثم تزوجت [فما]^(١) فعلته ماضٍ ويرجع عليها بالقيمة .

مثال ذلك : الزوجة تفعل ما وصفنا فيما أصدقته ثم يطلقها الزوج قبل البناء أن ما فعلته ماضٍ ويرجع عليها بالقيمة ، وكذلك قال بعض القرويين .

وقال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا باعت ذلك ثم تزوجت فليس عليها غير الثمن لأن تصرفها في ذلك قد كان جائزاً بالبيع وغيره ، قال : ولو ضاع [العرض]^(٢) بأمر من الله لم تضمنه .

اعلم أنه إذا أوصى لعبد نفسه بجزء من نفسه يعتق [العبد]^(٣) فيما بيده من مال ، وإذا أوصى أن يعتق جزء عبده لا يعتق فيما بيده من مال .

والفرق بين ذلك : أن الذي أوصى له ببعض [نفسه ملك بعض نفسه فعتق ذلك البعض ، فأشبه المعتق لشقص أن يستكمل فيه]^(٤) عتق الباقي ، وإذا كان الميت هو الموصى أن يعتق جزء من العبد فما ملك العبد من نفسه شيئاً فلم يكن كمبتدئ عتق شقص فلم يعتق فيما بيده إذ ذلك فعل غيره ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين في مسألة ربيعة في العبد الذي له امرأة حرة وأولاد أحرار فأوصى سيد العبد لجميعهم بثلث ماله : إن لم يقبل الولد ما أوصى لهم به من أبيهم ولا من المال ، فما كان أوصى لهم به من أبيهم فيعتق ، يريد : على الاختلاف ، قال : وإن قبلوا الوصية من أبيهم ولم يقبلوا المال استكمل عتقه عليهم في ذلك المال ، وإن كان عليهم دين فالمال في دينهم ، وأما ما أوصى لهم من أبيهم فالعتق أولى به من دينهم ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : إنما فرق بين الوصية للعبد بدنانير وبين الوصية له بالثلث لأنه في الوصية [له]^(٥) بالثلث يملك ثلث نفسه فيقطع له بذلك عتقاً في رقبته لأنه لا يجوز له أن يملك بعض نفسه ، وأما في الوصية له بدنانير فلم يملكه من نفسه شيئاً .

(١) في أ : إن ما .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : للعبد .

قال سحنون : وإنما ذلك إذا أوصى له بدنانير تكون أقل من الثلث ، فحيثئذ يعطاها العبد ولا يعتق فيها ، فأما لو أوصى له بدنانير أكثر من الثلث لعتق فيها وكان ذلك [ق/ ٢٠٥ أ] بمنزلة ما لو أوصى له بثلاث ماله أو بجزء منه وهذا معنى قول ابن القاسم ، وقال أصبغ مثل قول سحنون .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : معنى قول سحنون : إذا لم يجز الورثة ما زاد على الثلث فالزائد على الثلث يبطل فيصير كمثل ما لو أوصى له بالثلث فيقطع له بذلك عتقاً ، فأما إن أجاز الورثة جميع ما أوصى له به لم يعتق في ذلك وإن كان أكثر من الثلث .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : معنى قوله : إذا قتل الموصى له الموصى خطأ : تكون الوصية في المال دون الدية ، يريد : إذا قتله ومات بالفور ، وأما لو جنى وعرف ما هو فيه كانت الوصية في المال والدية جميعاً كقوله في كتاب الديات : إذا أوصى بوصايا ثم قتل خطأ ومات بالفور أن الوصايا لا تدخل في الدية ، وإن جنى وعرف ما هو فيه دخلت الوصايا في ديته .

اعلم أن المدبر في الصحة إنما وجب [له] (١) أن يدخل فيما علم الميت وما لم يعلم لأنه لم يقصد به مالاً بعينه [إذ] (٢) إنما هو [معتق] (٣) بعد موت السيد وإنما جعله معتقاً في جميع ما تخلفه من المال ، وينبغي أن يكون المدبر في المرض مثل ذلك كما قال ابن المواز لأن العلة التي [وصفها] (٤) تعم المدبر في الصحة والمرض ، وظاهر « المدونة » التفرقة بين المدبر في الصحة والمرض .

قال ابن القاسم : ومن باع في مرضه عبداً وحابى فيه وقيمة العبد الثلث ، وأعتق عبداً له آخر وقيمة المعتق الثلث بدئاً بالمعتق .

وفي كتاب الوصايا الثالث لابن المواز : قال أشهب وعبد الملك : إذا كان عتقه البتل وعطية البتل وقعا معاً بدئاً بالعتق لحرمته على غيره .

وقال أشهب : وليس للمشتري حيثئذ أن يقول : فأنا آخذه بجميع قيمته لأن

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : و .

(٣) في أ : معتوق .

(٤) في أ : وصفنا

الميت قد استوفى ثلثه ، وأما إن كان بدأ بأحدهما قبل صاحبه فهو المبدأ ، فإن كانت هى العطية البتل فيجعل ما يؤخذ من باقى ثمنه فى عتق العبد ، ولو لم يكن إلا درهماً واحداً لأنه لم يكن له أن يرجع فيما بتله من عطيته ، فإذا أدخل بعدها ما ينقصها أو ما يحاصه فقد رجع بذلك عن بعضها .

مسألة التبذئة فيما حكمه أن يخرج من الثلث :

أول ما يبدأ فى الثلث المدبر فى الصحة ، ولابن القاسم فيه وفى صداق المنكوحة فى المرض ثلاثة أقوال ، فقال مرة : يبدأ المدبر ، وقال : يبدأ صداق المريض ، وقال : يتحصان ، وجه قوله : يبدأ المدبر [فى الصحة] (١) فلأنه وجب له عقد [عتق] (٢) فى حال الصحة وهو حال كان له التصرف فيه فى جميع ماله ، وصداق المنكوحة إنما وجب فى حال المرض الذى هو ممنوع فيه من ثلثى ماله فكان حكم المدبر أقوى لهذا ، والله أعلم .

وأيضاً فالتكاح ابتداءً اختياراً بعد تقدم وجوب التدبير ، فليس له أن يختار فى مرضه إحداث شئ يبطل ما تقدم من عقده أو ينقصه عما وجب له .

وجه قوله : يبدأ صداق المريض ، فلأنه شبه باب معاوضة لأخذ المريض بضع الزوجة وإيجاب الصداق لها ، ومن الناس من يراه كسائر البياعات حقيقة ويجيزه ويجعل الصداق فيه من رأس المال ، وهو إذا صح كان الصداق عليه كالدين عليه فى رأس ماله ، والمدبر إنما [يصير] (٣) إلى الثلث على كل حال فوجب لما قدمنا أن يكون الصداق أقوى ، والله أعلم .

وأما وجه القول الذى [قال] (٤) فيه : يتحصان ، فلما قدمنا من قوة التدبير بتقدم عقده فى الصحة وما بيناه فى وجه القول الأول ولقوة صداق المريض بالأسباب التى [رجحناه بها] (٥) فى القول الآخر فوجب لذلك عنده العدل بينهما

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : مصيره .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : رجحناها .

والتحاصص، والله أعلم . [ق/٩٥ ج .]

ثم بعد هذا الزكاة يفرط فيها ، وإنما ضعف حكمها عما قدمنا لأن وجوبها عليه إنما هو معلوم بقوله ونحن لا ندري أصدق في بقاء الزكاة عليه أم لا ؟ فحكم ما هو معلوم أقوى من شيء لا يعلم إلا من جهته مع أن صداق المريض والتدبير لمعين يقوم [فيه] ^(١) ويخاصم فحكمه أقوى مما قال : إن المساكين يستحقونه قبله ، والله أعلم .

ثم العتق في الظهار وقتل النفس بعد الزكاة ، ووجه تبدئه الزكاة عليهما : أن فيهما العوض عن العتق عند العدم ، والزكاة لا عوض عنها ولا بد من نفاذها فهي أقوى ، فإذا اجتمع العتق في الظهار وقتل النفس وضاق الثلث [عنهما] ^(٢) فلم يحمل [سوى] ^(٣) رقبة واحدة ، فرأيت لأبي العباس الإبياني - رحمه الله - أنه يقرع بينهما ، وهو [ق/٢٠٦ أ] عنده معنى « المدونة » .

وذهب بعض القرويين إلى أنه يحاصص بينهما مما وقع للظهار أطعم به ما وقع للقتل يشارك به في رقبته ، وفي المسألة تنازع كثير .

ثم كفارة اليمين ، ووجه تبدئه العتق في الظهار وقتل النفس عليها : أن كفارة اليمين هو مخير فيها بين العتق والإطعام والكسوة ، والظهار وكفارة [القتل] ^(٤) هو مقصور فيها على شيء واحد لا يتنقل عنه إلا بالعدم فكان حكمها لهذا أقوى ، والله أعلم .

ثم بعد كفارة اليمين إطعام رمضان وذلك لأن كفارة اليمين واجبة بكتاب الله وكفارة رمضان ليس فيها نص في الكتاب ، فهي أضعف .

ثم بعد إطعام رمضان النذر وذلك لأن إطعام كفارة رمضان وجب بنص السنة وهو إنما يطعم بسبب الفرض والنذر هو اختار إدخاله [على نفسه] ^(٥) فهو أضعف .

ثم [بعد النذر] ^(٦) العتق البتل في المرض والتدبير في المرض على مذهب أبي

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : عنهم .

(٣) في أ : إلا .

(٤) في أ : قتل النفس .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

محمد [ورتبته عند]^(١) أبى موسى بن مناس على ما حكى عنه بعد هذا وسنذكر ذلك .

وجه قول أبى محمد : هو أن النذر وجب فى حال الصحة وما ذكرنا إنما وجب فى حال الحجر فى المرض فهو أضعف والله أعلم

والمدير والمعتق فى المرض بتلاً إذا ضاق الثلث عنهما تحاصا وهذا إذا كانا فى كلمة أو فور واحد ، وأما إن كان أحدهما قبل صاحبه بدئ بالأول .

ثم بعد ذلك الموصى بعته [بعينه]^(٢) والموصى أن يشتري فيعتق وهو بعينه أو أوصى أن يعتق إلى أجل قريب كالشهر ونحوه ويعتق على مال فعجله على [قول]^(٣) ابن القاسم ، وذلك لأن له الرجوع فى هؤلاء الذين وصى بهم ، وما ذكرنا لا يستطيع رجوعاً فيه فهو أقوى .

وإذا اجتمع من وصفنا وضاق الأمر عنهم ، فالحكم فيه التحاصص لأنهم فى رتبة واحدة كما قدمنا .

ثم بعد ذلك الموصى أن يعتق إلى أجل كالسنة ونحوها ، ثم الموصى أن يكاتب أو يعتق على مال فلم يعجله ، ولو أوصى بعته العبد إلى أجل بعيد كعشر سنين ونحوها تحاص هو والموصى أن يكاتب أو يعتق على مال يصيران فى درجة متقاربة ، ثم بعد ذلك النذر مثل قوله : لله على أن أطعم ثلاثين مسكيناً ، على ما يذكر عن أبى موسى بن مناس - رحمه الله .

وقد سألت بعض شيوخنا من أهل بلدنا فقلت : لعل كلام أبى محمد إذا وجب النذر فى حال الصحة وكلام أبى موسى إذا وجب [النذر]^(٤) فى حال المرض فيتفق قوليهما ؟ فصوب ذلك .

ثم بعد النذر الوصايا بالعتق بغير عينه وبالمال والحج .

وقد قال : إن العتق بغير عينه يبدأ على الحج فإن اجتمع وصية بمال فى عتق

(١) فى أ : لا على قول .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : مذهب .

(٤) سقط من ج .

وبمال فى غير عتق وبحج وضاق الثلث عن جميعهم تحاص جميعهم على القول الواحد .

وعلى قوله : (تبدأ الرقبة على الحج إذا اجتمع الثلاثة) ينبغي أن يتحاص جميعهم ثم ينظر ما ناب الحج فتكون الرقبة أولى به إذ لو كانا جميعاً فقط بدت الرقبة ، فكذا فى اجتماع الثلاثة على هذا القول ، فتدبره وقد كنت أفردت الكلام على هذه المسألة بأكثر مما وصفاه ، وفيما ذكرنا كفاية ، وبالله التوفيق ، [وهو حسبنا ونعم الوكيل .

تم كتاب الوصايا الأول بحمد الله وحسن عونه [(١)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على محمد وآله وسلم

كتاب الوصايا الثاني

إن قال قائل : إذا أوصى [بعق] (١) عبده بعد خدمة سنة أو سنتين ولم يحمل [العبد] (٢) الثلث ، إن الورثة إذ لم يجيزوا يعتق محمل الثلث من العبد بتلاً ، وهلا عتق محمل الثلث [منه] (٣) إلى الأجل الذى ذكر السيد ، لأنه إنما أوصى أن يكون عتيقاً إليه فزاد على ثلثه فيطرح الزائد على الثلث ويبقى عتق محمل الثلث إلى الأجل الذى ذكر ؟

فالجواب : إن السيد إنما أراد أن يعتق إلى الأجل جملة ، ولعله رجا أن يجيز الورثة ، فإذا لم يصح له غرضه من عتق الجملة فى الثلث نظرنا ما كان يستطيع الوصية به فقد كان يقدر على [تبطل] (٤) محمل الثلث منه فوجب أن يبطل محمل الثلث إذا لم يصح للميت غرضه فى الجملة لكونه مستطيعاً على ذلك ، والله أعلم .

واعلم أنه إذا أوصى لرجل بمائة دينار ولفلان بخدمة عبده حياته ثم هو لفلان - رجل [ق/٢٠٧ أ] آخر - فلم يحمل الثلث يجب على القول الذى لا يرى أن يضرب فى الأعيان ، وأنه إنما يقطع لصاحب الرقبة شائعاً أن يكون للموصى له بالرقبة ثلث الرقبة وثلث سائر التركة ، فما نابه فى الرقبة اختدمها المخدم الأمد المشترط له وما نابه فى المال [اشترينا] (٥) به رقبة فاخدمها المخدم أيضاً ، فإذا تمت [خدمته فيها] (٦) رجعت إلى صاحب الرقبة ، كذا ينبغى على هذا القول ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : اعلم أن قول ابن القاسم : إذا قال : قد

(١) فى أ : أن يعتق .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : تبطل

(٥) فى أ : اشتريت

(٦) فى أ : الخدمة منهما .

وهبت خدمة عبيد لفلان ، لورثته خدمة العبد ما بقى وليس بهبة للرقبة ، [جيد]^(١) ، وذلك أن السيد قد بين ما أراده من كون الخدمة فقط لفلان دون مال [ينوب] ^(٢) عنه ودون أروش الجنايات ، هذه أبقاها لنفسه وليس ذلك بهبة الرقبة كما قال أشهب .

وعلى مذهب أشهب : إذا أفصح بهبته للخدمة حياة العبد يبيعه ويصنع به ما شاء ، لأنه جعله هبة الرقبة ، وقول ابن القاسم أحسن - والله أعلم - لما ذكرنا من أنه أبقى لنفسه ما وصفنا ، فاعلم .

قال عبد الحق : [فأما] ^(٣) إذا أوصى أن تكرر أرضه من رجل وكان الثلث يحملها فبذلها الورثة للموصى له بحطية ثلث الكراء فلم يقبل إلا [أن يحط عنه] ^(٤) أكثر ، فإن الورثة إن لم يكروا منه بما قال قطعوا له بثلث الأرض يزرعها بغير كراء يأخذونه منه ، وإن كانت الأرض لا يحملها الثلث وأبى الورثة أن يكروها منه ويحطوه ثلث كرائها ، فها هنا يقطعوا بثلث الميت شائعاً ، ولو سمي الميت أن تكرر منه بكذا ، فإن الموصى له لا يحط من تلك التسمية شيئاً ، وهكذا قال بعض شيوخنا من القرويين فى جميع ما قدمته .

قال عبد الحق : إذا أوصى بعق عبد وهو لا يخرج مما حضر وله مال غائب يوقف العبد ولا يعتق ثلثه الساعة إن لم يحضر غيره - كما [ذكر] ^(٥) أشهب - أو ما يحمل الثلث منه الآن ، وذلك أنك لو فعلت ذلك إما أن تجعل للورثة الانتفاع والتصرف فيما أخرجت منه الوصية أو تمنعهم من ذلك ، فإن مكنتهم منه لم يستقم ذلك لأنهم يصيرون قد ورثوا قبل إنفاذ الوصية ، وقد بدأ [ق/ ٩٦ ج] الله سبحانه الوصايا على الميراث ، وإن منعهم منه لم يصح أيضاً ، لأنك نفذت عليهم الوصية فيما حضر ومنعهم منه فكان [الصواب] ^(٦) إيقاف العبد حتى يجتمع المال

(١) فى أ : حيثئذ .

(٢) فى أ : يموت .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : بحطية .

(٥) فى أ : قال .

(٦) سقط من أ .

[أولاً] (١) ، والله أعلم .

إذا أقر فى مرضه لأجنبى ولوارث بدين عليه وعليه دين بيينة ، فإن الذى له البيينة والأجنبى يتحصان فى مال الميت ويسقط إقراره للابن ، ولو لم يكن لأحد دين بيينة تحاص فى ماله الأجنبى والمقر له ، والابن وإن لم يترك من الورثة سوى هذا الابن المقر له ، [بخلاف] (٢) أن لو أوصى لأجنبى ولوارث أوصى لكل واحد منهما بمائة دينار فوجد ثلث الميت خمسون ومائة ، فإن الأجنبى هاهنا يأخذ ما أوصى له به وهو مائة ولا يحاصه الوارث بوصيته ، وهذا إذا لم [يترك] (٣) وارثاً غيره ، وإن كان له من الورثة غيره فإن الوارث الموصى له يحاص الأجنبى بوصيته فيصير لكل واحد منهما خمسة وسبعون ديناراً فما صار للأجنبى أسلم إليه وما صار للوارث شاركه فيه جميع الورثة إلا أن يشاؤا أن يسلموا [له] (٤) وصيته .

اعلم أنه إذا أوصى لثلاثة نفر بعشرة عشرة وثلثة عشرة فرد أحدهم وصيته ، قال فى « الكتاب » : (للباقيين ثلثا الثلث وهو قول جميع الرواة) يريد : أن أحدهم رد الوصية بعد موت الموصى ، ولو ردها قبل موت الموصى لكاتب كمسألة آخر [الكتاب ، يريد :] (٥) كتاب الوصايا الثانى [فى قوله :] (٦) إذا أوصى لرجل بعشرة ولرجلين بعشرة عشرة وثلثة عشرة فمات أحدهم قبل موت الموصى (٧) ، فيجرى فى ذلك ثلاثة أقوال على حسبما [ذكرنا] (٨) ، فاعلم ذلك .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا فى قول يحيى بن سعيد : (إذا أوصى بثلاثة

فى السبيل وله ورثة ، أنهم يغزون فيه بالخصص) معناه : أنه يعطى كل إنسان قدر كفايته إن كان غزوه فى البر فعلى قدر كفايته فيه أو فى البحر فعلى قدر كفايته فيه

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : بمثل .

(٣) فى أ : يكن ترك .

(٤) فى أ : إليه .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

(٧) المدونة (٤/ ٣٧٨) .

(٨) فى أ : ذكر .

أيضاً ، وإذا ضاق الثلث تحاصوا [أيضاً فيه] (١) ، هكذا على مقدار كفاية كل واحد لا على قدر مواريتهم ، فاعلم .

قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا فى الذى يوصى أن يحج

[ق / ٢٠٨ أ] عنه عبد فيأبى السيد أن يأذن للعبد : لا نستأنى فى ذلك كما نستأنى إذا لم يأذن الولى للصبي ؛ لأن الصبي ينتظر إلى وقت يتحصل ويعرف والعبد لا ينتظر إلى وقت معلوم ، وليس أيضاً كالعبد يوصى أن يشتري فيعتق هاهنا ينتظر إذا أبى السيد من بيعه لحرمة العتق ، والله أعلم .

[اعلم] (٢) أنه إذا قال : لفلان خمسة أو سق من غلة حائطه أو بدينار من غلة داره كل سنة ، فمات الموصى له فى نصف السنة ، [يكون] (٣) له نصف الدينار أو نصف الخمسة أو سق وإن مات فى ثلثها فله ثلث ذلك على هذا المعنى ، وإن أراد الموصى له أن يتعجل الدينار الذى أوصى له به وشاحه الورثة فينبغى أن لا يكون له إلا بحساب ما يمضى من السنة ككراء الدور والرواحل الذى إنما يستوجب رب [المال] (٤) بقدر ما ينتفع المكترى إذا لم يكن لنقد الكراء سنة معروفة ، وإن لم يحمل الثلث فى هذه المسألة ولم يجز الورثة قطع بمحمل الثلث شائعاً فى تركة الميت ، [لأنها] (٥) وصية بغلة ، وهكذا حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين فى سائر ما ذكرته .

يريد : ولو جعل هذه الوصية للرجل وعقبه [مؤبدة] (٦) ، هكذا كان ذلك كمسألة المساكين يوصى لهم بغلة جنان تقطع فى الرقبة ، والله أعلم .

فى « كتاب ابن المواز » ، وابن عبد الحكم : وإذا قال : ادفعوا لى ما بقى من غلة العام الأول لثلاث تهلك النخل فى العام الثانى ، نظر السلطان ، فإن كانت النخل

(١) فى أ : أبداً فيها .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : كان .

(٤) فى أ : الدار .

(٥) فى أ : لأنه .

(٦) فى أ : مؤبداً .

مأمونة لا تخلف كخيبر ونحوها فإنها لا تكاد تخلف فيها هنا لا يوقف له شيء ،
[وإن] ^(١) كانت من الحوائط التي لا تؤمن حبس قدر ما يخاف عليه من ذلك .

قال بعض شيوخنا : وإن أراد الورثة بيع هذه الجنان التي جعل لرجل كل سنة شيئاً من غلتها لم يجز ذلك ، لأنهم إن [شرطوا] ^(٢) على المشتري حق الموصى له فذلك غرر ، إذ لا يدري ما يكون في الحائط من الثمرة ولا ما يبقى بعد إخراج الوصية .

قال : ولو كان إنما أوصى له بما وصفنا أمداً معلوماً ، جاز بيع الورثة إذا كانوا أملياء وضمنوا ذلك وهم ثقات ، والله أعلم .

[قال عبد الحق :] ^(٣) ذكر ربيعة : إذا قال : إذا تزوج ابني فعبدي حر ، فبلغ النكاح الولد وهو موسر فأبى أن ينكح : إن العبد حر .

قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا : ولو بلغ الولد وهو معسر ، لم يعتق العبد حتى يكون للولد [مال] ^(٤) يتزوج به مثله في حاله قال بعض شيوخنا من القرويين في العبد الموصى بعته : إذا كان له مال اكتسبه قبل الموت ومال اكتسبه بعد موت السيد فإنه ما كان قبل موت السيد يقوم معه على القولين ، وما كان بعد الموت لا يقوم معه على القول الواحد إذا كان الثلث حاملاً له ، لأنه إذا حملة الثلث ، فقد ظهر لنا أن [هذا] ^(٥) العبد من حين مات السيد واجب حرته ومال الحر تبع له فلا يقوم معه ، وأما إن لم يحمله الثلث فلا بد أن يقوم به لأنه توقف بيده وقد وجبت الشركة فيه .

قال : وأما ثمر النخل فلا يُقَوَّم مع الأصول ، حمل الأصول الثلث أو لم يحملها ، لأن الثمر مما يقسم ويبين فيه كل واحد بحقه ، والمال [هو] ^(٦) موقوف بيد

(١) في أ : وما .

(٢) في أ : اشترطوا .

(٣) سقط من جـ .

(٤) في جـ : ما .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

العبد لا يقسم ، والمسألتان مفترقتان ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أوصى لبنى فلان فذلك على ثلاثة

أوجه : إما أن يكون ولد فلان لا يضبطون لكثرتهم ، فذلك لمن حضر القسم بلا [اختلاف] (١) .

أو يكونوا محصلين معروفين فحق من مات قائم [معروف] (٢) بلا اختلاف وهو مقسوم بالسواء بينهم .

أو يكونوا محصلون بعد مشقة في ذلك ، فهذا موضع الاختلاف ، فاعلم ذلك

قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا : إذا أوصى المريض بأكثر من ثلثه ،

فأجاز له ذلك ورثته من غير أن يستأذنهم ، ثم لما مات رجعوا [في ذلك] (٣) مثل ما لو استأذنهم من دان في عياله ومن يخاف منع رفته ، لهم أن يرجعوا ، وذلك أنهم يقولون : بادرنا للإجازة لتطيب نفسه وخشنا إن لم نبادر منعنا رفته ، فلهم بذلك حجة ومقال ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : [إنما قال] (٤) في إقرار الوارث بدين على

أبيه أو وديعة قبل قيام الغرماء عليه : (إن المقر له يحلف ، وإذا أقر على نفسه بذلك قبل قيام الغرماء ليس على المقر له يمين) لأن المقر على نفسه ساوى بين المقر له وبين الغرماء ، والآخر جعل المقر له مقدماً على غرماء نفسه فكان أقوى في وجوب اليمين .

فإن قيل : فإنه إذا أقر على نفسه بوديعة [ق/٢٠٩ أ] هي مقدمة على دين الغرماء وليس في هذا يمين .

قيل : هذا وإن أقر على نفسه فالوديعة إذا لم توجد وجب الحصاص بها كالدين ،

والآخر مقر بشئ مقدم على كل حال [فيفترقان] (٥) لهذا ، والله أعلم .

تم كتاب الوصايا الثاني بحمد الله وحسن عونه .

(١) في أ : خلاف .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : فترقا .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلّى الله على محمد وآله وسلم

كتاب الحبس والصدقة

قال بعض شيوخنا من القرويين : لا فرق بين مسألة الفرس يخبث ولا بين

الثياب إذا اختلقت ، ويبان ذلك [أنه] ^(١) [ق/ ٩٧ ج] إذا لم يوجد ثياب يشتري بها ووجد أن يشارك [بها] ^(٢) فيها في ثوب فعل ذلك كما يفعل في ثمن الفرس إذا لم يبلغ فرساً أعان به في فرس ، وإذا لم يوجد في المسألتين ذلك تصدق بالثمن وإنما فرق بينهما في « الكتاب » لافتراق السؤال ، فتكلم في مسألة الثياب إذا لم يجد [من] ^(٣) يشارك وفي مسألة الفرس إذا وجد [من يشارك] ^(٤) وأما عند وجود ذلك أو عدمه في المسألتين فالجواب متفق ، والله أعلم .

قال ابن الجهم : إنما لا تباع الدار المحبسة إذا خربت ، لأن عرضتها تبقى إذا خربت فتجد من يبنها ويحتسب به في إيجارها ويؤاجر سنين فينفق عليها إيجارها فأما إذا حطم الفرس فلا يرجع كالذي كان أبداً ، فلذلك يباع ويشتري غيره .

قال بعض القرويين : وحديث عمر - رضى الله عنه - في الفرس الذى حمل

عليه فخبث فبيع فنهاه النبي عليه السلام عن شرائه ولم ينه غيره ^(٥) ، ليس مما يستدل به على جواز بيع الفرس المحبس إذا خبث ، لأن عمر - رضى الله عنه - حمل عليه رجلاً وملكه إياه ، وإنما باع الرجل [ملكه] ^(٦) ومالاً من ماله ، فليس هذا من مسألة الحبس في شيء .

[قال عبد الحق :] ^(٧) قال بعض شيوخنا من القرويين : مسألتا الفرس

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : أن .

(٤) زيادة من أ .

(٥) أخرجه : البخارى (٢٨٠٩) ومسلم (١٦٢١) من حديث ابن عمر رضى الله عنهما .

(٦) في أ : ملكاً .

(٧) سقط من ج .

المشترط نفقتها أمداً معلوماً على قابضه على حسب نصها في « الكتاب » هما غير مفترقتي الجواب .

وذكر عن أبي محمد - رحمه الله - أنه [قال : (١)] على ذلك كان يحملها وجمع بينهما في كتابه ، وقال : يكون الفرس فيهما بعد الأجل ملكاً .

وقال غير أبي محمد : معناهما مفترق ، لأن المسألة الأولى ذكر فيها تحبیس الفرس فينبغي أن يكون الفرس بعد الأجل حبساً على المعطى لا ملكاً ، والمسألة الثانية لم يذكر فيها تحبیس الفرس فينبغي أن يكون الفرس بعد الأجل ملكاً للمعطى .

[قال : وكيف يكون الفرس في المسألة الأولى ملكاً للمعطى] (٢) وقد ذكر فيها ابن القاسم أنه يأخذه بعد الأجل بغير قيمة ، وأمره لا يعدوا أن يكون كراءً فاسداً أو بيعاً فاسداً ، فإن كان كراءً فاسداً فكيف أمضاه له بعد الأجل ولم يفسخه ؟ وإن كان بيعاً فاسداً فكيف يأخذه [ملكاً] (٣) بغير قيمة ؟ .

هذا لا يستقيم ولكنه يكون بيده بعد السنة حبساً كما شرط به ، ويرجع هذا المعطى على رب الفرس بما أنفق عليه في السنة ، وافتراق المسألتين في « الكتاب » بين ، لأنه استشهد بالأولى على معنى غير الذى استشهد عليه بالثانية ، وذلك أنه لما سئل في « الكتاب » عن حبس داره على رجل وولد وولده ولده واشترط على المحبس عليه أن ما احتاجت إليه الدار من مرمة فعلى المحبس عليه أن ينفق في مرمتها من ماله .

فقال : لا يصلح ذلك [وهو] (٤) كراء فاسد وليس بحبس ، ثم استشهد بقول مالك في الفرس في المسألة الأولى .

ولما سئل في « الكتاب » عن وهب لرجل نخلاً وشرط لنفسه ثمرتها عشر سنين [فقال : إن كان سلم النخل للموهوب له بسقيها قبال نفسه وشرط لنفسه ثمرتها عشر سنين] (٥) لم يصلح لأنه كأنه قال له : اسقها إلى عشر سنين ثم هي لك ، ثم

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من جـ .

(٤) في أ : وهذا .

(٥) سقط من جـ .

استشهد بمسألة الفرس الثانية ، فبان بذلك افتراق المسألتين فى معناهما ، وأن الأولى يرجع الفرس فيها إلى التحبيس والثانية مرجعه فيها إلى الملك ، والله أعلم .

وذكر مثل هذا عن الشيخ أبى الحسن أن المسألتين مفترقتين .

قال أبو الحسن فى مسألة [الفرس] (١) الأولى : فإن أدرك قبل تمام السنة خير المحبس فإن نفذ التحبيس وأسقط الشرط جاز ذلك ، وإن أبى من ذلك فكما جرى فى « الكتاب » يأخذ فرسه ويدفع ما أنفق على الفرس ، وإن أسقط الشرط وأنفذ التحبيس فليدفع أيضاً ما أنفق على الفرس من أجل أن النفقة كانت على الفرس بشرط [المحبس] (٢) أن يوقف سنة ، ويعلف فيها ، ثم بعد ذلك يتم الحبس ، ألا ترى [إلى] (٣) قول مالك (٤) : أرايت إن هلك [الفرس] (٥) قبل السنة كيف يصنع ، أيذهب علفه باطلاً ؟

وأما إن لم يدرك حتى فات الأجل فقد فات بالتحبيس الذى لا [ق / ٢١٠ أ] شرط فيه ، فلا بد أن يغرم المحبس علف الفرس فى السنة ، وهو وجه قول مالك ، والله أعلم .

وإنما لم يجعل على المحبس عليه قيمة الفرس إذا فات الأجل من قبل أن الفوت ، إنما وقع من قبل المحبس [بخلاف العبد يشتريه على أنه مدبر لأن العبد] (٦) المدبر إنما وقع فوته من قبل المشتري ، وإنما شبههما فى نفس الفوت ، فالعبد بنفس الشراء يكون مدبراً والفرس بتمام الأجل يكون حبساً .

وقال الشيخ أبو الحسن فى المسألة الثانية : وجه القول فى دفع هذا الفرس أنه دفع على أن المدفوع إليه يغزو عليه ستين أو ثلاث يكون ثواب عمل الفرس فى الغزو للدافع والمدفوع إليه ينفق [على الفرس] (٧) ، ثم الفرس للمدفع إليه [بعد

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : الحبس .

(٣) سقط من أ .

(٤) المدونة (٤ / ٤٢٤) .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى أ : عليه .

ذلك^(١) بتلاً ، فصارت النفقة فى الأجل ثمن الفرس وشرط البيع إنما وقع بعد حلول الأجل ، فهذا إن أدرك قبل الأجل فالدافع بالخيار إن شاء أن يمضى عطيته بلا شرط ويدفع ما أنفق عليه ، وإن أبى ارتجع فرسه وغرم ما أنفق عليه ، وإن لم يعلم بذلك حتى مضى الأجل فإن [لم يتغير]^(٢) الفرس بحوالة سوق أو غير ذلك فسخ البيع ، لأنه الآن صار بيعاً فاسداً فلا بد من فسخه ورده وغرم ما أنفق عليه ، وإن فات بشئ من وجوه الفوت غرم القابض قيمة الفرس حين حلّ الأجل ، لأنه من ذلك [الحين]^(٣) ضمنه ونفذ إلى القابض ، فإن كان إنما قبضه على أن يغزو عليه بنفسه عن الدافع فله أن يرجع على الدافع بأجرة مثله إن كان قد غزا عنه ، وإن كان إنما يغزو لنفسه إلا أن أجر الفرس للدافع فقد انتفع القابض بركوب الفرس فعليه أجره فيما ركبه .

وهذا كله فيما كان قبل حلول الأجل ، وأما إذا حل الأجل فالأجرة ساقطة ، لأنه قد ضمن الفرس ، هذا مذهب الشيخ أبى الحسن فى المسألتين على ما حكى عنه بعض القرويين .

قال يحيى بن عمر فى الدار [المشترط]^(٤) مرمتها على المحبس عليه : إن ذلك إذا وقع مضى الحبس وسكن المحبس عليه ، فإن احتاجت إلى مرمة أخرجناه منها وأكريناها من غيره بقدر مرمتها فإذا رمت وانقضى أجل الكراء رجع فسكن ، إلا أن يقول المحبس عليه : أنا أسكن وأرم بقدر ما تكرى من غيرى ، فذلك له ولا يخرج ، وكذلك إن احتاجت بعد ذلك فهو على ما فسرنا وهذا معنى ما فى « المدونة » إلا أن هذا أقيس .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا رم وبني فى هذه الدار المشترط عليه مرمتها أعطى ما أنفق ولا يعطى قيمة ذلك [منقوضاً]^(٥) ، ولو قيل له فيها : خذها على هذا وعلى أن تبني فى موضع منها بناءً كبيراً ، فها هنا أيضاً إنما يعطى ما أنفق ولا يكون له قيمة ذلك منقوضاً بخلاف مسألة كتاب العارية ، إذا أعطى لرجل

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : يكن تغير .

(٣) فى أ : اليوم .

(٤) فى أ : الذى اشترط .

(٥) فى أ : مقلوعاً .

أرضه [ليبنى] (١) فيها ويسكن ما بدا له ثم يخرج ويدع البناء لرب الأرض ، هذا إذا نزل فاسداً على ما قلنا يعطى قيمة ما بنى منقوضاً لأن هذا إنما بنى لنفسه ليتنفع ومن قدمنا لم يبن لنفسه ، إنما بنى لرب الدار .

فإن قيل : فإنه فى المسألة الأولى إنما رُمَّ لنفسه ليتنفع .

قيل : هو فى بنائه وإصلاحه المرمّة التى شرطت عليه إنما بنى شيئاً يسيراً فلم يكن كالبانى لنفسه لقلة النفع فى ذلك كما قلنا ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا وهب لابنه الصغير داراً وأشهد ولم تشهد البينة أنها خالية فارغة ، نظرت فإن كانت الدار [هذه] (٢) معروفة بسكنى الأب [فهو على ذلك] (٣) ولا تتم فيها الهبة حتى يثبت أنه أخلاها ، وإن لم تعرف بسكناه فهي على أنها خالية سالمة من شواغله حتى يعلم غير ذلك ، فاعلم .

وقال فيمن حبس عليهم حائط فكانوا يلونه ويسقونه فمات أحدهم قبل طياب الثمرة وقد تقدمت [ق/ ٩٨ ج] له نفقة : إن لورثة الميت الرجوع بالنفقة ، لأن أصحابه قد انتفعوا بنفقتهم ، وهو مات قبل أن يجب له الحق فى الثمرة ؛ لكن يستأنى حتى تطيب الثمرة فيرجع الورثة بالأقل من نفقة الميت التى أنفق أو مما ينوبه من الثمرة بعد محاسبته بنفقتهم ، وكذلك لو حبس عليه خاصة فمات قبل الطياب ، لورثته الرجوع على المحبس بما قدمنا ، ولو اجتاحت الثمرة لم يكن للورثة شئ .

وقال لى بعض شيوخنا من القرويين : إذا تقدمت [ق/ ٢١١ أ] للميت نفقة فعلى أصحابه غرمها .

قلت : فهل يترقب إلى الطياب وينظر فى نصيبه من الثمرة فيعطى الأقل من حصته منها أو نفقته ؟

فأبى ذلك وقال : هو كالأستحقاق وأن المستحق للأصل إذا أخذه غرم السقى والعلاج .

(١) فى أ : على أن يبنى .

(٢) زيادة من أ .

(٣) فى أ : فعلى ما ذكرنا .

واعلم أن الميت إذا مات بعد طيب الثمرة [فنصيبه]^(١) لورثته بلا اختلاف كانوا يسقون الثمرة ويلونها أو لا يلونها ، وإنما تقسم عليهم [غلتها]^(٢) وإنما الخلاف إذا مات قبل الطيان ، ولو كان إنما حبس عليهم مكيلة معلومة من الثمرة وما فضل يكون له فمات أحدهم قبل الطياب لم يكن هاهنا اختلاف أن نصيب الميت راجع إلى المحبس ، وإنما القولان إذا كانت جملة الثمرة لهم لا يرجع منها إلى المحبس شيء ، فاعلم ذلك .

وذكر بعض القرويين عن أبي محمد - رحمه الله - فيمن باع بيعاً فاسداً فقبض ذلك المبتاع ثم [وهب ذلك]^(٣) البائع لأجنبي قبل أن يحول سوقه بيد المبتاع فلم يقبض ذلك الموهوب حتى حالت أسواقه بيد المبتاع .

قال : ليس للموهوب فيه شيء ولا في قيمته ، وقاله أبو محمد مرة ثم رجع عنه وقال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : هو للموهوب له ، لأن الهبة وقعت في حال يجب رد ذلك الشيء إلى [ربه]^(٤) البائع ، فهبة البائع له فوت ، لأنه قد نقله بها عن ملكه والهبة قد لزمّت بثبوتها بالإشهاد فلا يراعى فوت ذلك الشيء [بيد المشتري]^(٥) قبل قبض الموهوب ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا في مسألة : من أخدم عبداً ثم وهبه : إنما يكون قبض المخدم قبضاً للموهوب إذا علم ورضى أن يكون جائزاً للموهوب كما قال إذا رهن فضلة الرهن : أنه لا يكون الذي هو بيده جائزاً حتى يعلم ويرضى بذلك ، فاعلم .

وقال في الدين إذا وهبه ولم يدفع للموهوب ذلك الحق : فلا تصح هذه الهبة إذا مات الواهب كالدار المغلقة إذا لم يعطه مفتاحها حتى مات الواهب لها : أنه لا يصح

(١) في أ : فنصيب الميت .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : وهبه البائع .

(٤) زيادة من أ .

(٥) في أ : عند المبتاع .

للموهوب له [شئ] (١) وإن أشهد له .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا وهب عبداً قد رهنه وكان الدين عروضاً مؤجلة لا يجبر المرتهن على أخذهما وإنما يلزمه أخذ حقه ، ويعجل [له] (٢) إذا كان عيناً ، فإذا لم يجبر فيما وصفنا بقى العبد بيده رهنأً آخر .

قال : ولو أعتقه قبل الأجل والحق عروض ، فهذا فيه نظر وتوقف فى جبره على قبضها لحرمة العتق .

تم كتاب الحبس والصدقة بحمد الله وحسن عونه

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ كتاب الهبات

قال الله - عز وجل - لنبيه - [عليه السلام] (١): ﴿ وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرُ ﴾ (٢)
وذلك أن يهدى ليهدى له أكثر منه فمنع من ذلك ﷺ وأبيح لأئمة [ﷺ] (٣) ذلك
وإباحة ذلك في قوله عز وجل ﴿ وَمَا آتَيْتُمْ مِّن رَّبًّا لِّرَبُّو فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرُبُّو عِنْدَ اللَّهِ
وَمَا آتَيْتُمْ مِّن زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ ﴾ (٤).

قال ابن [عباس] (٥) وغيره : هو ما يعطى الناس بينهم بعضهم بعضاً ، يعطى
الرجل العطية يريد أن يعطى أكثر منها .

قال ابن الجهم : منع من ذلك النبى - عليه السلام - إذ كان الزائد للمهدى يدخل
فى معنى الصدقة وهى لا تحل لرسول الله ﷺ وحلال لسائر [الأمة] (٦) فقال عز
وجل : ﴿ وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرُ ﴾ (٧) وقال لسائر المؤمنين :

﴿ وَمَا آتَيْتُمْ مِّن رَّبًّا لِّرَبُّو فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرُبُّو عِنْدَ اللَّهِ ﴾ (٨) ولم يذموا بهذا الربا
ولم يحرم عليهم ، وقال فيما ابتغى به وجه الله : ﴿ وَمَا آتَيْتُمْ مِّن زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ
فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ ﴾ (٩) ، يعنى بالزكاة أى الصدقة التى يزكيكم الله بها أى
يطهركم .

(١) فى أ : ﷺ .

(٢) سورة المدثر (٦) .

(٣) زيادة من أ .

(٤) سورة الروم (٣٩) .

(٥) فى أ : عبدوس .

(٦) فى ج : العامة .

(٧) سورة المدثر (٦) .

(٨) سورة الروم (٣٩) .

(٩) سورة الروم (٣٩) .

قال عبد الحق : سألت بعض شيوخنا من القرويين عن الهبة للثواب إذا عوض فيها بعد فوتها عوضاً فوجد بالعوض عيباً ، هل يجرى العوض بعد فوت الهبة معجى البيع [الفاسد] ^(١) فيرد بأيسر عيب يوجد فيه لأن القيمة بالفوت قد وجبت فما أخذ [بها] ^(٢) [إنما هو] ^(٣) كعوض عن دين لزم .

فقال : ليس كذلك ، ألا ترى أنه يعوضه بعد الفوت عوضاً ، فلو كان بعد الفوت يجرى الأمر معجى [التبائع] ^(٤) المبتدأ كما وصف لم يكن له أن [يعوضه] ^(٥) إلا عيناً ولم يلزمه أخذ عوض .

قال عبد الحق : ويؤيد [ق/ ٢١٢ أ] قوله : أن الشفيع لا يأخذ ذلك إذا كان شئ فيه [الشفعة] ^(٦) وإن فات حتى يقضى بالقيمة ، فليس الفوت يجرى به الهبة على ما أشرنا إليه ، والله أعلم .

قال : إذا باع الهبة ثم اشتراها فقد لزمه الثواب ، بخلاف البيع الفاسد يبيع فيه السلعة ثم تعود إليه .

والفرق : أن يبعه في الهبة وبسطه يده فيها يعد رضاً بالثواب ، وهو فله أن يلتزم الهبة ويوجب على نفسه الثواب والبيع فاسد لعينه لا يقدر على بقاءه ، وإذا باع ثم رجعت فقد عادت إلى الملك ، [فردت إلى بائعه] ^(٧) لهذا ، والله أعلم .

أعلم أنه إنما لم يجبره على اليمين بالصدقة إذا حنث فيها وإن كانت لرجل بعينه بخلاف إذا بتل صدقة لرجل بعينه ، لأنه في اليمين لم يقصد وجه [البر] ^(٨) والقربة وإنما هو قاصد لمنع نفسه من الشئ الذي حلف عليه والمبتل من غير يمين قاصد للقربة

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من جـ .

(٣) في أ : فهو .

(٤) في أ : البيع .

(٥) في أ : يعاوضه .

(٦) في أ : شفعة .

(٧) في أ : فرد إلى بائعها .

(٨) في أ : التبرر .

وموجب على نفسه ذلك تبرعاً فلزمه وجبر عليه، إذا كان لمعين يقوم عليه ويخاصمه.

سألت بعض شيوخنا من القرويين عن الرجل يقول : مالى صدقة على [رجل] (١) [يعينه] (٢) ، هل يلزمه جميعه أم ثلثه ؟

فقال : يلزمه إخراج جميعه بخلاف إذا أوجبه للمساكين ، يريد أن تعيينه الصدقة له على رجل كمثل ما لو [عين] (٣) شيئاً يجعله صدقة أنه يخرجها كله وإن كان جميع ماله ، قال : ويترك له منه شئ كما يترك لمن أفلس وأخذ ماله ما يعيش به هو وزهله الأيام .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا فى الموهوب عبداً للثواب إذا أعتقه ولا مال له : يرد إلى الواهب وإن كان لو بيع فى ثمنه فضل عن القيمة .

يريد : لأنه لما لم يكن له مال يؤدى منه صار ما فعل لا حكم له فكأنها هبة قائمة لم تفت ترجع إلى ربها .

اعلم أنه إذا هبة عبيدين متكافئين فباع أحدهما لا يفوت بذلك العبدان جميعاً ولا يخبر الواهب فى إلزامه جميعهما وإغرامه إياه قيمتهما ، وإنما ذلك فوت فى المبيع خاصة ، وليس ذلك كمثل الدار يبيع الموهوب نصفها هاهنا إنما [خير] (٤) الواهب بين أن يتبعه بقيمة جميع الدار أو يأخذ نصفها ويتبعه بنصف قيمتها من أجل ضرر الشركة إن رد إليه الذى لم يبيع .

فاعلم أن المسألتين مفترقتان بما [وصفنا] (٥) ، وقد ذهب [ق/ ٩٩ جـ] بعض شيوخنا من أهل بلدنا إلى المساواة بين ذلك وليس بصحيح ، والله أعلم .

واعلم أنه إنما [افترق] (٦) عند ابن القاسم [بيع أوجه] (٧) العبدین من بيع أدناهما وكان ذلك متساوياً فى عبيدين اشتراهما بخيار ، أنه إذا بسط يده بالبيع فى

(١) سقط من جـ .

(٢) فى أ : بعينه .

(٣) فى أ : تعين .

(٤) فى أ : يخير .

(٥) فى أ : وصفت لك .

(٦) فى أ : فرق .

(٧) بين بيع وجه .

أحدهما لزمه الثمن كان الذى باع الأرفع أو الأدنى لأن الهبة للشواب طريقها المعروف والبيع على [حقيقة] (١) المكايسة كان حكمه أغلظ على المشتري فى إلزامه ثمن العبدین ، والله أعلم .

تم كتاب الهبات بحمد الله وحسن عونه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الودیعة

اعلم أنه إذا أودع وديعة فدفعتها إلى زوجته أو أمته أنه يصدق في ذلك ولا بينة عليه لأنه لما تعارف الناس الدفع إليهم من غير إظهار كان ذلك العرف كشرط الدفع بغير إظهار كما قال في الرسول يشترط أنى أَدفع المال إلى من أمر بدفعه إليه بغير بينة، ويحلف أنه دفع إلى زوجته إذا أنكرت إن كان متهماً وإلا فلا يمين عليه، فإن وجبت يمينه لكونه متهماً فنكل غرم وله أن يحلف زوجته، وإن نكل وهو معسر: لا شيء عنده، كان لرب الوديعة يمينها كانت متهمة أم لا، لأنه يقوم مقام الزوج في مطالبتها باليمين كما يتبع الإنسان غريم غريمه، وقاله بعض شيوخنا من أهل بلدنا واعلم أنه لو لم يكن من شأنه أن تدفع له زوجته أو أمته [مالاً] (١) لأنه [] (٢) ما تزوج أو اشترى الأمة، أو من أجل أنه لا يثق بماله إليهما فإنه يضمن وليس له اختيار أمانتهم بمال غيره، وظاهر «الكتاب» يدل على ما وصفنا لقوله: ومن شأنه أن ترفع له فاعلم.

حكى عن أبي محمد بن أبي زيد - رحمه الله - في الذي أراد سفرأ أو خاف عورة منزله وعلم ذلك منه: أنه إن أودع الوديعة بغير بينة لم يضمنها إذا أنكرها الذي رغم أنه أودع إليه، أو قال: أودعني وتلفت الوديعة، قال: وذلك لأنه لما خاف عورة منزله أو سافر كان متاحاً له أن يودع لغيره وإن لم يؤمر بذلك، فلذلك [صدق] (٣) وإن لم تقم له بينة.

واعلم أنه إذا كان منزل المودع معوراً والذي أودعه عالم [ق/ ٢١٣ أ] بذلك فأودع لغيره أنه يضمن إلا أن [يزداد] (٤) منزله [عوراراً] (٥) على ما كان فلا يضمن للمسافر إذا زودع فعمد وأودع الوديعة أنه يضمن إلا أن يزداد خوفه، كخصوص

(١) سقط من ج.

(٢) قدر كلمة لم أثبتتها بالأصل.

(٣) سقط من أ.

(٤) في ج: يزيد.

(٥) في أ: عوراً.

عائنهف فسدع الودعة إلى من ينحو بها ونحو هذا فلا يضمن ، لأن هذا غير الأمر الأول الذى علمه المودع .

اعلم أن الفرق بين الوديعة أنه لا يودعها لغيره ، وبين اللقطة يدفعها إلى من هو فى مثل حاله يحفظها : أن الوديعة إنما رضى صاحبها أمانته فليس له أن يأمن غيره عليها ، واللقطة لم يرض صاحبها بكونها عند الملتقط ولا رضى [صاحبها] (١) أمانته ، بل الغرض فى ذلك ، أن تصل إلى ربها ، وهذا الذى دفعها إليه الملتقط لو كان هو ملتقطها لجاز له حفظها من غير رضا ربها ، فإذا دفعها ملتقطها إلى من كان يجوز له أن يتدئ حفظها فلا ضمان عليه ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى مسألة : الصبى يخلط قمحاً بشعير فيتركان طلبه ويرضيان بالشركة : إنما تجوز شركتهما على الكيل لا على قيمة طعام كل واحد منهما ، لأن ذلك يدخله الطعام بالطعام متفاضلاً إذا اشتركا على أن يكون بينهما على قيمة طعام كل واحد منهما [ولكن] (٢) يباع فيقسم بينهما ثمنه على قيمة طعام كل واحد منهما ، ولا بأس ببيعه جزافاً [كان] (٣) أو كيلاً لأنهما لم يخلطاه فيكون من باب خلط الجيد بالردئ فيمنع من ذلك ، لأن ذلك إنما وقع عليهما من قبل عادٍ عدا عليهما .

واعلم أنه إذا لم يكن للصبى مال فوجب بيع هذا المخلوط عليه ينظر إلى قيمة ما لكل واحد منهما يوم الحكم فيشتري له من ذلك بقدر ما يصيبه من ثمن ما بيع من المخلوط ويتبعانه بما بقى لكل واحد منهما ، ولو أنهما اختاراً ترك تضمينه لكانا شريكين فى ثمن ما بيع به المخلوط بقسمة ما لكل واحد منهما يوم الخلط ، هكذا فرق بين الوجهين فى القيمة بعض القرويين .

قال فى « الكتاب » : ولو أعطى أحدهما الآخر مثل طعامه على أن يكون له جميع المخلوط لم يعز إلا أن يكون هو المتعدى فى خلطه .

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : ولا .

(٣) سقط من ج .

حكى عن أبى سعيد ابن هشام وغيره قال : إنما لا يحل ذلك لأن القمح إن كان قفيزاً والشعير قفيزاً وقيمة القمح عشرة وقيمة الشعير خمسة كان جمع هذا القمح والشعير المخلوط بينهما إذا رضيا بترك طلب الصبى أثلاثاً لصاحب القمح ثلثا هذا المخلوط وذلك قفيز وثلث ، ولصاحب الشعير ثلثه وذلك ثلثا قفيز ، [فإن] (١) رضى صاحب القمح أن يعطى لصاحب الشعير قفيز شعير ويأخذ جميع المخلوط صار قد اشترى منه حصته من هذا المخلوط وهو ثلثا قفيز مخلوط بقفيز شعير صاف فصار الفضل فى الطعام [بالمخلوط] (٢) ، وكذلك إن دفع صاحب الشعير لصاحب القمح قفيز قمح على أن يأخذ هو [جميع] (٣) المخلوط لم يجز لأنه يصير قد اشترى منه حصته من هذا المخلوط وهو قفيز وثلث بقفيز قمح صاف ، وهذا حرام .

قال عبد الحق: ولا ينبغي أن يجوز لأحدهما أن يبيع حصته شائعة من هذا الطعام لأن المشتري لا يصل إلى أخذ ما اشتراه إذ الحكم فيه أن يباع ويقتسما ثمنه على قيمة طعام كل واحد منهما فيصير المشتري حينئذ اشترى ثمناً لا يدرى ما هو قليل أو كثير ويدخله غير ما وجه ، فتأمل ذلك .

ذكر إسماعيل القاضى عن ابن نافع عن مالك : إذا قال المودع : ضاعت الوديعة منى ، أن القول قوله مع يمينه كان متهماً أو غير متهم .

وقال أبو محمد ، وذكره فى « النوادر » : قال أصحاب مالك : إذا ادعى المودع ضياع الوديعة فهو مصدق إلا أن يتهم فيحلف ، وهكذا ذكر ابن القاسم فى « المدونة » فى كتاب الوكالات فيمن سأل رجلاً يشتري له شيئاً من بلد وينقد عنه ، فاشترى له ذلك بيينة ثم ادعى هلاكه وهذا مما يغاب عليه ، أنه مصدق ، قال : لأن ذلك عنده وديعة من الودائع فيصدق فى هلاكه ويرجع بالثمن ، فإن اتهم حلف .

قال ابن عبد الحكم : وإن نكل المودع عن السمين ضمن ولا ترد اليمين فى ذلك على ربه .

(١) فى أ : فإذا .

(٢) سقط من جـ .

(٣) سقط من أ .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : وإذا ادعى [المودع] ^(١) أنه رد الوديعه إلى ربها حلف ، كان متهماً أم لا ، بخلاف دعواه الضياع .

والفرق بين ذلك : أنه في دعوى الرد يدعى اليقين [وربها يدعى] ^(٢) أنه كاذب في ذلك والضياع لا علم له [عنده] ^(٣) بحقيقة ، وإنما هو معلوم من جهة المودع فلا يمين عليه [فيه] ^(٤) إلا أن يكون متهماً ، والله أعلم .

قال : ومن أخذ وديعه بحضرة قوم ولم يقصد [إشهادهم] ^(٥) عليه ، فادعى الرد فهو مصدق ، [ق/٢١٤ أ] ، وليس كمن أخذ وديعه ببينة ، وكذلك إذا أقر المودع عند بينة أنه قبضت من فلان وديعه ، وإنما تكلف البينة من أخذ الوديعه ببينة قصد بالبينة الإشهاد عليه ، فاعلم .

اعلم أن الرسول إذا شرط ألا يشهد على من يدفع إليه ينفعه ذلك ، [وإن] ^(٦) شرط ألا يمين [على] ^(٧) لم ينفعه ذلك ، لأن اليمين إنما ينظر فيها حين وجوب تعلقها ، فكأنه شرط إسقاط أمر لم يكن بعد ، بخلاف شرطه ترك الإشهاد المخاطب به ، والمأخوذ عليه فيه أن يدفع بالبينة ، فالأمر في ذلك مفترق ، وذكره ابن حبيب فيما أراه .

قال : وإذا بعث إلى رجل بمال ، فقال : تصدقت به على ، وصدقته الرسول [ق/١٠٠ ج] وأنت منكر للصدقة فالرسول شاهد يحلف معه المبعوث إليه .

قال إسماعيل القاضي في كتابه « المبسوط » : وأحسب أن مالكا أجاز شهادة الرسول في هذا الموضع بعد دفع الشيء لأن الباعث قد وافقه في [دفع] ^(٨) الشيء إلى

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أو : شهادتهم .

(٦) في أ : وإذا .

(٧) في أ : عليه .

(٨) في أ : ذلك .

المبعوث إليه ، فإنما اختلف فيما قال الرسول : إنها صدقة ، وقال الباعث : إنها ودیعة ، فلم ير على الرسول تضمیناً بعد الدفع ، وإنما كان یضمنه لو قال الباعث : [إنی] (١) لم آمرک بالدفع إلى هذا الرجل ، فإذا ضمنه لم تقبل شهادته .

وقال سحنون فی « المجموعة » : إنما معنی هذه المسألة إذا كان المال حاضراً والمأمور والمتصدق علیه حاضرين ، وإن كان قد استهلك المال وأنفقه لم تجز شهادة الرسول .

اعلم أنه إذا أودع الودیعة لرجلین ولم یکن فیهما عدل لیس للسلطان خلعهما بل یبقى المال بأيديهما أو یبد أحدهما كما جعلها ربها بخلاف الوصیین .

وقوله : إن لم یکن فیهما عدل جعله السلطان عند غیرهما ، إنما ذلك فی الوصیین . فلا فی المودعین ، والله أعلم .

[اعلم] (٢) أن المودع إذا تاجر بالودیعة الربح له بخلاف المضارب والمبضع معه .

والفرق بین ذلك : أن المضارب والمبضع معه إنما دفع المال إليهما على طلب الفضل فیہ ، فلیس لهما أن یجعلاً ذلك لأنفسهما دون رب المال ، والمودع لم یدخل على طلب الفضل [فیہ] (٣) ، وإنما أراد حفظ ماله فله أصل المال دون الربح ، والله أعلم .

تم کتاب الودیعة بحمد الله وحسن عونه

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) زیادة من أ .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ كتاب العارية

قال إسماعيل القاضى فى « المبسوط » : فَرَّقَ مالك بين من كان بيده وديعة أو قراض أو عارية أو شئ استأجره أو ارتهنه ثم ادعى ضياعه فجعل من استأجر ثوباً فقبضه وغاب عليه ثم زعم أنه ضاع أن القول قوله مع يمينه ، وجعله مؤتمناً ، لأن صاحب الثوب إنما دفعه إلى المستأجر [لمنفعه نفسه]^(١) إذ تجب له بذلك ، وكذلك المضارب إنما دفع إليه صاحب المال المال لمنفعته أو كالربح إنما يجب له بذلك ، فجرى مجرى المؤتمنين ، وكذلك المودع إنما أودعه رب المال لمنفعة نفسه إذ كان يحفظه عليه فجرى هؤلاء جميعاً هذا المجرى ، ولم يدخل المستعير ولا المرتهن فى هذا الباب ، لأن المرتهن إنما قبض الرهن وثيقة لنفسه ، [وأما المتسعر اشتراها]^(٢) لمنفعة نفسه فخرجا من هذا الباب ، وذكر أبو بكر الأبهري نحو هذا .

قال : إنما ينظر فى هذا لمن أكثر المنفعة فى المقبوض ، [فإذا]^(٣) كان ذلك لربه صدق قابضه فى ضياعه ، وإن كان ذلك لقابضه لم يصدق فى ضياعه ، فالوديعة المنفعة فيها لربها خاصة فصدق قابضها فى ضياعها ، وكذلك الإجارة والقراض أكثر المنفعة فيهما لربهما فصدق قابضهما فى الضياع ، وأما العارية فالمنفعة [فيها]^(٤) للمتسعر وحده فلم يصدق فى ضياعها ، وكذلك أكثر المنفعة فى الرهن للمرتهن فألزمناه الضمان ، والله أعلم .

قال فى « مسائل عبد الرحيم » : فيمن استعار دابة فركبها إلى موضع فلما رجع زعم أنه أعاره إياها إلى دون ما ركبها إليه : إن القول قول المستعير إذا ادعى ما يشبهه . قال سحنون : يعنى القول قول المستعير [إذا ادعى ما يشبهه]^(٥) فى دفع

(١) فى أ : لمنفعته .

(٢) فى أ : وإنما قبض المستعير ما استعار .

(٣) فى أ : فإن .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

[ضمانها] (١) لا فى الكراء .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : القول قوله فى دفع الضمان والكراء جميعاً ، يريد : لأنه إذا صدق فى دفع ضمان الأصل وهى الدابة كان فى دفع الكراء الذى [هو] (٢) بسببها أخرى فى التصديق ولا يحكم فى ذلك بحكمين مختلفين فيكون سبيله سبيل من لم يتعد فى سقوط ضمان الدابة ، وسبيل من تعدى فى ضمان الكراء ، هذا غير معتدل ، والله أعلم .

قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا : وإنما فارت هذه المسألة مسألة ابن القاسم فى الرسول يكذب فيما أمره [به] (٣) المستعير له من المسافة وضمن المستعير فيها الدابة إذا لم تقم بينة على ما أمر به [ق/٢١٥ أ] الرسول لأن المستعير لا يدعى كذب رب الدابة فى مقاله إذ لا علم له بما عقد الرسول لأنه لم يخاطبه على المسافة بنفسه فلذلك ضمن ، وفى مسألة عبد الرحيم هما [متداعيان] (٤) فلم يصدق رب الدابة فى ضمان المستعير واشتغال ذمته بها وكان عليه بيان ما نازعه فيه المستعير ، فإن قامت للمستعير بينة بما أمر به الرسول سقط عنه الضمان وضمن الرسول المتعدى ، وإن أقر الرسول بالتعدى ولا بينة للمستعير على عقده مع الرسول ، فهأنا يغرم الرسول فإن كان معدماً رجع رب الدابة على المستعير ، يريد : ويرجع المستعير بما يغرم على الرسول فيطالبه به لإقراره بالتعدى .

واعلم أن الرسول إذا لم يقر بالتعدى ووجب تضمين المستعير يحلف المعير أنه عاقد الرسول على ما ذكر من المسافة إن لم [يكن] (٥) له بينة على [ما] (٦) عقده معه ، وإن كانت له بينة على ما عاقد عليه الرسول فلا يمين على المعير .

[قال عبد الحق] (٧) : اعلم أنه إذا أعاره دابة ليحمل عليها شيئاً فحمل ما هو

(١) فى أ : الضمان .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : متعديان .

(٥) فى أ : تكن .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من ج .

أضر منه فاختر رب الدابة تضمينه الكراء فإنه يقال : كم يساوى كراء مثل ما شرط أن يحمله عليها ؟ ، فيقال : عشرة ، ثم يقال : فكم يساوى حمل هذا الشئ الذى هو أضر من الذى شارطه على حمله ؟ فيقال : خمسة عشر ، فيغرم ما بين الكرائين وهو خمسة .

وإذا [اكرى] (١) دابة فحمل عليها ما هو أضر فاختر رب الدابة تضمينه الكراء فإنه يقال : ما يساوى كراء كا شارطه عليه ؟ فيقال أيضاً : عشرة ، ثم يقال : فكم كراء هذا الذى حمل ؟ فيقال : خمسة عشر ، فيعطى الكراء الذى شارطه عليه كان قليلاً أو كثيراً مع خمسة لأن الكراء الذى تعاقداً عليه قد يتغابنان فيه ، فإنما يغرم كراء الزيادة وهو خمسة على ما بيننا مع الكراء المسمى كان قليلاً أو كثيراً ، فاعلم ذلك .

قال أشهب فى كتبه فى الذى استعار دابة ليركبها فركبها وأردف رديفاً : إن سلمت الدابة ولم ينقصها ما صنع فكراء الرديف على المستعير ، وإن كان مفلساً لا يلزم الرديف من كراء [بركوبه] (٢) شئ ، وإن كان المستعير عديماً وقد أخطأ من ألزمه الكراء فى عدم المستعير ، ولو كان الرديف عبداً للمستعير أو لغيره لم يكن عليه شئ من ذلك فى رقبته ولا فى ذمته هلكت الدابة أو سلمت لأنه ركب بوجه يجوز له ولم يتعد .

وقال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : قول أشهب خلاف أصل ابن القاسم ، بل عليه الكراء كمن غصب سلعة فوهبها لرجل فتلفت بيده أن ربهها يرجع على الغاصب ، فإن كان عديماً رجع على الموهوب له ولا يعذر إن لم يعلم بغصب الغاصب ، فكذلك الرديف لا يعذر وإن لم يعلم ولم يتعد .

اعلم أن ابن القاسم جعل الذى يزيد فى ضرب العبد كالذى يزيد فى حمل الدابة المكتراة ، أنه ينظر إن كانت الزيادة تعين على العطب أم لا ؟ بخلاف من زاد على المسافة ، وقول سحنون فى العبد المضروب : يضمن إذا زاد [ولو سوطاً] (٣) ، هو مثل الزيادة على المسافة لأن العدد الذى أذن له فيه قد فعله ، فالزائد [تعد] (٤)

(١) فى أ : أكرى .

(٢) فى أ : ركوبه .

(٣) فى أ : سوطاً واحداً .

(٤) فى ج : يعد .

كالمسافلة التي أكملها ، ثم زاد : إن زيادته تعد ، وأما الذى زاد على الحمل فقد تعدى فى موضع الإذن فاجتمع فى ذلك إذن وتعد فلم يضمن إلا بزيادة يعطب فى مثلها [ق/ ١٠١ ج] .

ووجه كلام ابن القاسم : أن العدد من باب الاجتهاد لأن الغلط والخطأ فيه ممكن ويشق ضبطه ، فليس كالمسافة التي هي مشاهدة فلذلك فرق بين ذلك ، والله أعلم .
قوله فى مسألة المستعير [للبناء فى البقعة فى الأرض] (١) يخرجها قبل تمامه لأمد يعار إلى مثله : يعطيه ما أنفق ، وفى باب آخر قال : يعطيه قيمة ما أنفق ،
يحتمل ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكون قوله : قيمة ما أنفق ، إذا أخرج من عنده شيئاً من أجر وجيز ونحوه ، وقوله : ما أنفق ، إذا أخرج ثمناً فاشتري به هذه الأشياء .

ويحتمل أن تكون قيمة ما أنفق إذا كان قد طال الأمد لأنه يتغير بانتفاعه فيعطى القيمة لا ما أدى ، وما أنفق إذا كان بالقرب جداً فهاهنا يعطى النفقة لا قيمتها ، فعلى هذا الذى وصفنا لا يكون اختلاف قول .

والوجه الثالث : هو أن فى إعطائه ما أنفق يعطى عدد الدنانير والدراهم ، وإن كان قد غبن أو غبن يسيراً [لا] (٢) يلتفت إلى ذلك ، وقوله : قيمة ما أنفق ، يعطى القيمة بالعدل ولا يحسب فى ذلك ما يتغابن الناس فى مثله بل القيمة بالعدل [ق/ ٢١٦ أ] فيكون على هذا اختلافاً من قوله ، وكل وجه من الثلاثة قد تأول فى ذلك والأمر محتمل ، والله أعلم .

قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا : إذا أعاره أرضاً ليزرعها ليس له إخراجها قبل أن يزرع لأن ذلك كعارية معلومة المقدار ، لأن أمد الزراعة معلوم فذلك كضرب الأجل ، وقوله : إذا زرع ليس [لك] (٣) إخراجها إذ ليس مما يباع حتى

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : لم .

(٣) فى أ : له .

يطيب فتكون فيه القيمة .

يريد : أن القيمة لا تكون فيه كما أنه لا يباع فإنما شبه أخذ القيمة فيه قبل بدو [الصلاح] (١) كالبيع له ، وليس يعنى أنه إذا طاب كانت فيه القيمة ويأخذه ، بخلاف البناء [والغراس] (٢) لأن البناء [والغراس] (٣) إذا أخذه أبقاه فى الأرض ، والزرع لا بقاء له وإنما يراد ليزال فليس لرب الأرض أخذه .

وقوله : حتى يطيب ، لفظ فيه درك لأن الزرع لا يباع بعد طيبه حتى ييبس .

قال فى « الكتاب » : إذا أعرته أرضك لبني فيها ويسكن عشر سنين ثم يخرج ويدع البناء لك وبين صفة البناء ومبلغه جاز ، وإن قيل : لما هذا ، وبيع الدار على أن تقبض بعد عشر سنين لا يجوز .

قال : ليس هذا مما ذكرته ، لأن البناء هو من وقت تمامه وكماله لصاحب الأرض ، وإنما للباني فيه السكنى هذا الأمد فهو [كالمحوز] (٤) المقبوض لا كالحوز فى قبضه إلى عشر سنين ، ألا ترى لو انهدم بعد فراغه أن ضمانه من صاحب الأرض فإذا انهدم هذا البناء بعد فراغه وقبل أن يسكن الباني شيئاً فيرجع بقيمة بنائه على رب الأرض لأنه قد وجب له البناء بالفراغ وصار للمتسعير فيه السكنى ، فلما لم يصح له السكنى أو المدة التى شرط رجوع فى عوضها ، وعوضها هو البناء الذى بناه ، فإن انهدم البناء بعد سكنائه بعض [الأمد] (٥) فنقض قيمة البناء على ما سكن ، وما لم يسكن فما قابل ما سكن فلا شئ على رب الأرض فيه ، وما قابل ما لم يسكن يرجع به الباني على رب الأرض ، هكذا يجب أن يكون الحكم فى ذلك ، والله أعلم .

واعلم أن هذا البناء سواء شرط أن يسكن بعد تمام البناء أو كان بعض العشر سنين داخله فى أمد البناء لأن أمد فراغ البناء معلوم ، فإذا جعل الأجل من يوم العقد ويكون أمد البناء يفرغ فى سنة ، فكأنه إنما شرط سكنى تسع سنين لأن السنة تسقط

(١) فى أ : صلاحه .

(٢) فى أ : الفرس .

(٣) فى أ : الغرس .

(٤) فى أ : كالمجاز .

(٥) فى أ : المدة .

من ذلك وليس كأجل مجهول لأن البناء وجهه وفراغه معلوم عند الناس .

قوله : إن شهد [الشهود] ^(١) على الميت أنه ما باع ولا وهب كانت شهادتهم زوراً ، يعنى [أنها] ^(٢) كذب لا أنها كشهادتهم بالزور فيسلك بهم مسلك شاهد الزور فى العقوبة ورد الشهادة أبداً بل إنما يسقط فى هذا فقط ، بخلاف شهداء الزور ، وهذا بين فاعلمه .

ذكر [عن أبى] ^(٣) محمد فى مسألة العبد يحبسانه على أنه من مات منهما أولاً فنصيبه حبس على صاحبه إلى آخر ما ذكر أنه إذا مات أحدهما يقوم نصيبه فى ثلثه الساعة وليس حتى يموت شريكه ، فإن حمله الثلث خدم ورثة الميت حتى يموت شريكه فيخرج نصيبه منه حراً ، وإن لم يحمل ثلثه نصيبه [من العبد] ^(٤) خير الورثة بين أن يجيزوا فيخدمهم نصيبه منه إلى موت شريكه ويخرج حراً ، أو يعتقوا الآن من نصيبه محمل الثلث ويبقى نصيب شريكه بيده يخدمه حتى يموت فيخرج حراً من ثلثه أيضاً .

تم كتاب العارية بحمد الله وحسن عونه

(١) فى ج : الشهداء .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : أبو محمد .

(٤) فى أ : منه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب السرقة

قال الله عز وجل : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾ (١) ، فهذه الآية عامة الظاهر ولكن خصت السنة بنفى القطع عن من سرق أقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم والسنة فغير ممتنع أن تخصص القرآن ، وإنما اختلف الناس في نسخ السنة للقرآن إذا كانت السنة من طريق التواتر ، وليس هذا موضع ذكر ذلك ، وروى أن النبي عليه السلام قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم (٢) ، وقالت عائشة : « ما طال على ولا نسيت القطع في ربع دينار فصاعداً » (٣) ، فهذان الحديثان مستعملان عند مالك ، فحديث المجن في سرقة الفضة والعروض فيراعى من الفضة ثلاثة دراهم ومن العروض ما قيمته مثل ذلك إذا كانت العروض في بلد إنما يباع فيه بالدراهم أو بالدراهم والدنانير ، فإن كان بلداً إنما تباع فيه العروض بالذهب [ق/٢١٧ أ] فيستعمل فيه حديث عائشة في تحديد ربع دينار وفي سرقة الذهب ، وإنما قومت العروض بالدراهم إذا كان بلداً تباع فيه العروض بالدراهم والدنانير لأن القيمة بها أضبط وأحضر .

[قال عبد الحق (٤) : وقوله في « الكتاب » : لو ساوى ربع دينار ولم يساو ثلاثة دراهم لم يقطع وإنما تقوم الأشياء بالدراهم ، إنما يعنى في بلد إنما تباع فيه العروض بالدراهم خاصة ، فأما إن كان البلد تباع فيه بالدراهم والدنانير جميعاً فإنما القيمة بالدراهم مستحبة لما قدمناه من أن القيمة بها أحصر ، فيكون هاهنا إذا ساوى ربع دينار ولم يساو ثلاثة دراهم يقطع إذا كان الناس يتبايعون بالدراهم والدنانير جميعاً كما قدمنا ، والله أعلم .

(١) سورة المائدة : ٣٨ .

(٢) أخرجه : البخارى (٦٤١١) ومسلم (١٦٨٦) من حديث ابن عمر رضى الله عنهما .

(٣) أخرجه : مالك في « الموطأ » (١٥٢٠) والنسائى (٤٩٢٧) وفى « الكبرى » (٧٤١٤) وابن

حبان (٤٤٥٢) والبيهقى في « الكبرى » (١٦٩٧٥) والطحاوى في « شرح معانى الآثار »

(٤٥٨٤) ، وأصله في البخارى (٦٤٠٧) ومسلم (١٦٨٤) من حديث عائشة مرفوعاً .

(٤) سقط من ج .

[وقد ذكر الأبهري نحو ما وصفنا] (١) .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : ولو كان البلد إنما تباع فيه العروض بالعروض ولا يتبايعون بالعين قومت السرقة بالدرهم في أقرب المواضع إليهم من البلدان التي يجرى فيها التبائع بالعين ، فاعلم ذلك .

واعلم أنه إذا سرق ذهباً وفضة وفي جملة ذلك ما يجب فيه القطع لزمه ذلك ، مثل أن يسرق من الذهب نصف ربع دينار ومن الدراهم درهماً ونصفاً وكذلك إذا سرق عرضاً وذهباً بقيمة العرض درهم ونصف ومن الذهب وزن نصف ربع [ق/١٠٢ ج] دينار لزمه القطع .

قال ابن القاسم في « كتاب ابن المواز » : ولو سرق ثلاثة دراهم تنقص خروبة فلا قطع عليه لأن نقصانها نحو ربع درهم أو خمس .

قال أصبغ : فأما مثل الحبطين من كل درهم فإنه يقطع .

قال بعض شيوخنا من القرويين : ومن سرق دراهم فيها النحاس كثيراً فإنما يراعى ما فيها من الفضة ولا يقطع في ثلاثة دراهم منها إلا أن يكون بلد نحاسها فيه يسير جداً فيقطع في ثلاثة [دراهم] (٢) منها ، وكذلك في الزكاة إذا كان نحاسها كثيراً لا يزكى مائتي درهم منها ، يريد : إلا أن النحاس في السرقة كعرض ، فينظر قيمة ذلك مع ما في الدرهم من فضة فإن بلغ جميع ذلك ما فيه القطع قطع .

قال عيسى بن دينار في الحلبي [المصنوع] (٣) من ذهب أو فضة : لا ينظر إلى قيمته ولكن إلى وزنه .

قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا : وإن سرق حلياً مربوطاً بالحجارة فينظر [إلى] (٤) وزن ما فيه من ذهب [أو] (٥) ورق وقيمة ما فيه من الحجارة ، وسواء كان الحلبي تبعاً للحجارة أو الحجارة هي التبائع ، إنما يراعى وزن ما فيه من

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : المصاغ .

(٤) سقط من ج .

(٥) في ج : و .

العين .

قال سحنون في البينة تشهد على رجل أنه سرق : إن كان الشهود عالمين بموقع الشهادة في هذا ومثلهم لا يجهلون ذلك لم يكشفوا ولم يسألوا ، وإن كان الشهود ممن يجهل موقع الشهادة كشفوا .

وضعف هذا القول بعض سيوخنا من القرويين وقال : وإن كانوا لا يجهلون موقع الشهادة ، أليس قد يسرق شيئاً يكون رأى الحاكم فيه نفى القطع فلا يصح هذا ولو كان الشهود علماء ، لأن الحاكم قد يرى باجتهاده خلاف ما يروونه فلماذا ينبغي أن يستفهمهم عن الأسباب التي شرطها ابن القاسم .

قال عبد الحق : إنما فرق بين مسألة الذي لقي في جوف الليل [رجلاً] (١) ومعه متاع فقال : فلان أرسلنى إلى منزله فأخذت له هذا المتاع ، وبين الذي سرق متاعاً لرجل وقال : فلان أرسلنى ، لأن في هذا قد عاينت البينة سرقة واستمراره بدخول منزل المسروق منه ، كمثل أن يتسور أو [يثقب] (٢) ونحو ذلك ، وهذا الذي لقي في جوف الليل لم تعاین البينة سرقة ولا علمت استسراه ، والأصل في هذا أنه إذا فَعَلَ فَعَلَ الرسول من فتح الباب ونحو ذلك مما يشبه فلا [يقطع] (٣) صدقه رب المتاع أم لا ، وإن فَعَلَ فَعَلَ السارق من [الثقب] (٤) والتسور ونحو ذلك قطع صدقه رب المتاع أم لا ، وهذا الذي يفيد في ذلك بعض سيوخنا من القرويين ، فاعلمه قال في «الكتاب» : إذا سرق الذمى قطع لأن السرقة من الفساد في الأرض ، وأما إن زنى فلا يقام عليه الحد .

قال ابن بكير في «الأحكام» : السارق يقطع لينكل عن أموال الناس التي جعلها الله [قياماً] (٥) بينهم والزنا ليس فيه من الضرر ما في الأموال [إلا أنه] (٦) إن كان زنى بكافرة مثله فما هم عليه من الكفر بالله أعظم من زناهم ومع ذلك لا ضرر على المسلمين فيه ، وإن كان [زناه] (٧) بمسلمة عن مطاوعة فإن الكافر لم

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : ينقب .

(٣) في أ : قطع عليه .

(٤) في أ : النقب .

(٥) في ج : فيما .

(٦) في أ : لأنه .

(٧) في أ : زنى .

يصل إلى ذلك إلا بمطاوعتها فالواجب [ق/٢١٨ أ] أن تنكل المسلمة فإنها لو لم تطاوعه ما وصل إلى ذلك منها فالذى يجب من تنكيلها هو بما أوجب الله عز وجل من الحدود على المسلمين ، وإن كان غضبها على نفسها فإن مالكا قال : يقتل .

ذكر ابن القاسم فى السرقة من الدار المشتركة والمأذون فيها والمباحة .

قال بعض القرويين : يحتمل أن يكون معنى ما جرى له من الكلام فيها أن الدار على ثلاثة أوجه : فدار مشتركة مأذون فيها لساكنيها خاصة كدور مصر للكراء لا يدخلها إلا ساكنها وكل مسكن مستغن بنفسه عن المسكن الآخر إلا أن باب الدار يجمعهم فهذه مشتركة وكل مشتركة فهي مأذون فيها لساكنيها .

والدار الثانية : تكون مشتركة للسكنى كما [ذكره] (١) وهى مباحة أيضاً لسائر الناس كدار الأعمام بمصر وشبهها فهى دار مشتركة للسكنى مأذون فيها لساكنيها ولسائر الناس مباح دخولها لما فى قاعتها من البيع والشراء .

والدار الثالثة : تكون [داراً] (٢) مأذوناً فيها لمن يدخلها وليست بمشتركة .

فالحكم فى الدار الأولى إذا كانت مشتركة مأذوناً فيها لساكنيها أن يكون من سرق من بيوتها شيئاً فأخرجه إلى موضع من الدار قطع لأنه أخرجه إلى غير حرز ، وقد سئل عنها ابن القاسم فقيل له : أرأيت إن أخرج السارق المتاع من البيت إلى الدار والدار مشتركة مأذون فيهما ، والبيت محجور عن الناس .

فقال : قال مالك : يقطع إذا أخرجه إلى موضع من الدار والدار مشتركة لأنه قد صيره إلى غير حرزه .

قال سحنون فى غير « المدونة » : وذلك إذا كان السارق من ساكنيها وإلا لم يقطع حتى يخرج من باب الدار، وهذا موافق لقول ابن القاسم ، فالذى وقع فى هذا السؤال من قوله : مأذون فيها ، إنما يعنى مأذوناً فيها لساكنيها ، وقوله : (والبيت محجور عن الناس) يعنى الناس الذين يسكنون فى بقية الدار .

وقال ابن القاسم فى باب آخر : ولو نشر أحد من الدار المشتركة المأذون فيها ثوبه على ظهر بيته المحجور عن الناس فسرقه رجل عن ظهر بيته قطع ، يريد : إذا أخذ

(١) فى أ : ذكرنا .

(٢) زيادة من أ .

فى الدار قبل أن يخرج منها .

قال ابن المواز : هذا إذا كان السارق من أهل الدار ، يعنى محمد : وإلا لم يقطع حتى يخرج به من جميع الدار .

وقيل لابن القاسم فى موضع آخر : أرأيت الدار المشتركة المأذون فيها يربط فيها الدواب فسرق منها رجل .

قال : إذا كان الموضع مربوطاً للدابة معروفاً قطع الذى سرقها .

فلعله يعنى أن السارق هاهنا وإن كان من سكان الدار إذا بان بالدابة عن مربوطها وأخذ فى الدار قبل أن يخرج منها قطع لأن موضع الدابة إذا كان مربوطاً لها معروفاً فهو حرز لها كالبيت الذى يكون حرزاً لما فيه فهو إذا سرق شيئاً من بيت فى هذه الدار فأخرجها إلى موضع من الدار قطع ، فكذلك الدابة إذا بان [بها عن]^(١) مربوطها قطع وإن أخذ فى الدار، وإن كان سارق الدابة من غير سكان الدار لم يقطع حتى يخرج بها من جميع الدار ، وهذا كله نحو ما ذكرنا عن سحنون فيما تقدم .

وذكر ابن المواز فى الدار المشتركة إذا نقبها رجل فوجد فيها دابة فسرقها أنه يقطع إذا خرج بها ، قال : والقياس أنه يقطع إذا نحاها عن مزودها بالأمر البين ، وإن لم يخرج بها من باب الدار إذا كانت مشتركة [مأذوناً فيها لسكانها ودخولها]^(٢) ، وكذلك إن وجد السارق فى الدار المشتركة الشيء الثقيل من الأعكام والأعدال فكان ذلك موضعها فهو مثل الدابة فيما وصفنا .

وأما الدار الثانية : إذا كانت مشتركة مأذوناً فيها لسكانها ودخولها مباح لسائر الناس لما فى قاعتها من البيع والشراء فهذه ينبغى أن يكون من سرق من بيوتها المحجورة عن الناس شيئاً فأخذ فى قاعة الدار أنه يقطع كان السارق من سكانها أو من غير سكانها ، وقد ذكر [عن]^(٣) ابن القاسم أن الدار إذا كانت مشتركة مأذوناً فيها [لسكانها]^(٤) فنشر أحد من سكانها ثوباً فى صحنها أن سارقه لا يقطع إن كان من أهل الدار ، وإن كان من غيرها قطع إلا أن تكون الدار مباحة لا يمنع منها أحد فلا يقطع كان من أهل

(١) فى أ : إلى غير .

(٢) سقط من جـ .

(٣) سقط من جـ .

(٤) سقط من أ .

الدار أو من غيرها .

فمعنى قوله : لا يقطع سارقه إذا كان من أهل الدار ، يريد : وإن أخرجها من بابها إذا كانت الدار مشتركة مأذوناً فيها لساكنها [خاصة كما وصفنا ، لأن صحن الدار مباح لساكنها] ^(١) فهو غير حرز عنهم وهو ممنوع من غير سكانها [ق/١٠٣ ج] فمن سرقه من غير سكانها قطع إذا أخرجه من بابها ، وهذا نحو ما ذكر عن سحنون فيما تقدم [ق/٢١٩ أ] .

وأما قوله : إلا أن تكون الدار مباحة لا يمنع منها أحد ، فهي أن تكون مأذوناً فيها لساكنها ولسائر الناس مباحة كما وصفنا من دار الأنماط وشبهها فلا يقطع من سرق من قاعتها شيئاً كان من أهل الدار أو من غيرها .

وأما الدار الثالثة : [فمثال] ^(٢) دار العالم والطبيب ونحوه لا يسكنها إلا صاحبها وهي مأذون فيها لدخول الناس إليه بإذن وبغير إذن ، فهذه من سرق منها شيئاً من [باب] ^(٣) مغلق عن الناس فأخذ في الدار قبل أن يخرج منها لم يقطع ، وإن أخذ بعد أن خرج منها قطع ، وشرط ابن القاسم أخذ بحضرة ما أخرج المتاع .

ومسألة الضيف والمرأة [يسرق من غير] ^(٤) بيتها الذي يسكنها هؤلاء وإنما يقطعون وإذا خرجوا من جميع الدار ، ويدل على صحة هذا ما لمالك في « كتاب ابن المواز » في الضيف والزوجة لا يقطع حتى يخرج من الدار ، فدل أنهم إن خرجوا من جميع الدار وجب القطع ، وذكر عن أبي محمد - رحمه الله - أنه صوب جميع ما تقدم وأجازه .

قال عبد الحق : سألت بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا شهد شاهد أنه سرق نعجة وآخر أنه سرق كبشاً ، أو شهد أحدهما أنه سرق يوم الخميس والآخر أنه سرق يوم الجمعة ، ما الذي يغرم المشهود عليه ؟ .

فقال : أما إذا اتفقت الشهادة [على] ^(٥) عين المسروق وإنما [اختلفت] ^(٦) في

(١) سقط من جـ .

(٢) في أ : بمثل .

(٣) في أ : بيت .

(٤) في أ : تسرق من متاع .

(٥) في جـ : في .

(٦) في جـ : اختلف .

اليوم فيغرم قيمة ذلك الشئ المتفق عليه ، وأما إن اختلف في عين المسروق ما هو كقول أحدهما : نعجة ، والآخر : كبشاً ، كان للمسروق منه أن يدعى إحدى الشهادتين ويقضى له بها وتسقط الأخرى ، ومثل هذا الذي ذكرنا رأيت في « كتاب ابن المواز » .

قال محمد : يقال له : احلف مع شهادة أيهما شئت ويقضى له ، وإن شاء حلف مع شهادة كل واحد منهما وقضى له بما شهدا به جميعاً ما لم تكن شهادتهما في وقت واحد وموضع واحد فيكون تكاذبا فيطرحان جميعاً .

قال أبو بكر الأبهري منفصلاً من اعتراض من اعترض في قطع السارق لصبي حر من حرز بأن النبي عليه السلام قطع في المال فوجب ألا يقطع إلا في كل شئ له قيمة أو جاز العوض عليه .

قال : يقال له : الحر له بدل وقيمة وهي الدية فوجب القطع فيه .

قال ، وقد قال بعض شيوخنا : لما كان سارق المال يقطع من أجل إدخاله الضرر في المال كان المدخل على نسب الإنسان وحرمة الضرر [أولى بالقطع] (١) لأنه قصد إخراجهم من حال الكمال إلى [حال] (٢) النقص وأدخل عليه بذلك الضرر العظيم الذي هو أكبر من ضرر المال وأباح الفرج بغير الوجه الذي أباحه الله لأنها إن كانت امرأة وطئت على أنها ملك يمين وليس يجوز وطئها كذلك لأنها حرة .

قال بعض القرويين : معنى قوله في العبيد إذا أقرروا أنهم سرقوا سرقة قطعوا إذا عينوا السرقة فأظهروها .

يريد : أنهم إذا عينوها لم يقبل رجوعهم بعد تعيينهم لها كالبينة تقوم عليها ، فإن ادعى ذلك السيد قضى له به ، فإن لم يعينوا السرقة فها هنا إن تمادوا على إقرارهم قطعوا ، وإن رجعوا لم يقطعوا ، فاعلم .

[قال عبد الحق] (٣) : إن قيل : لم قلت فيمن سرق نحاساً قصاعه : ليس لربه

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من أ .

(٣) سقط من ج .

أن يجبر السارق على أن يأخذه ويدفع إليه أجر الصياغة لأنه يصير اشترى صنعة بغير رضاه ، وقلتم في الثوب يصبغه : له أن يعطيه قيمة الصبغ وهو يصير قد باع عليه صبغته ، فما الفرق بين ذلك ؟

فالجواب : أننا لما كنا إذا لم نبع عليه صنعة في مسألة النحاس أغرمناه المثل ، وذلك المثل هو مثل غير المسروق فلا يظلم المسروق منه شيئاً ، وفي مسألة الصبغ لو لم نبع له أن يعطيه قيمة الصبغ لم يعط المسروق منه مثل ثوبه إنما يعطيه قيمة الثوب [المصبوغ] ^(١) فيصير قد باع عليه ثوبه .

فلما كان كل واحد منهما يباع عليه شيء كان أولاهما بالحمل عليه السارق ، فلذلك جاز لصاحب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ ، والله أعلم .
ونحو هذا حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين .

اعلم [أن في الكتاب] ^(٢) : إذا كان السارق يوم القطع موسراً وعند القيام عليه معسراً أنه مطلوب ، وذلك في « الكتاب » مذكور في مسألة إذا سرق من رجلين وأحدهما غائب فغرم للحاضر حصته ، ثم أتى الغائب فوجده عديماً ، فقد قال فيها : إن كان السارق يوم القطع ملياً بحقيهما فإن الغائب إذا رجع على صاحبه بنصف ما قبض يرجعان على السارق فيتبعانه بنصف القيمة .

وحكى عن أبي محمد - رحمه الله - أنه قال : إنما افرقت هذه المسألة من مسألة كتاب الكفالة إذا قضى للشريك بحقه ثم قدم الغائب لأن [ق / ٢٢٠ أ] السارق لم يأمنه المسروق منه على بقاء ما وجب له في ذمته ، فكان يجب أن يوقف القاضى نصيب الآخر ، فلما جهل وغلط صارت قسمة غير جائزة فلم يتم للقابض ما قبض ، وفي مسألة كتاب الكفالة صاحب الدين الذي ائتمنه على بقاء دينه في ذمته فالقسمة جائزة فلا رجوع للغائب على القابض إذا حكم الحاكم له بقبض نصيبه ، وأبى أبو محمد أن يكون معنى مسألة السرقة أنه قبض حصته بغير حكم .

قل له : فقد مثلها بالدين .

(١) زيادة من أ .

(٢) في ج : أنه .

فقال : إنما مثلها بالدين ليرى أن للشريك أن يدخل مع شريكه فيما قبض ، وأما الأمر في الحكم فعلى ما تقدم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : المتهم بالسرقة على ثلاثة أوجه : فمبرز بالعدالة والفضل لا شئ عليه ويؤدب له المدعى عليه ، ومتهم معروف بمثل [هذا] (١) فيحلف ويهدد ويسجن على قدر ما يرى الحاكم من الاجتهاد فيه ، ورجل متوسط الحال بين هذين يكون عليه اليمين فقط ، فاعلم ذلك .

تم كتاب السرقة بحمد الله وحسن عونه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصل في المحاريين

المحارب على ثلاثة أوجه : فمحارب قتل فلا بد من قتله ، ومحارب لم يقتل ولكنه طال أمره وأخذ المال أو لم يأخذه فالإمام فيه مخير بين القطع أو القتل ، ومحارب لم يقتل ، ومحارب لم يقتل ولا أخذ مالاً ولا طال أمره وأخذ بفور خروجه ، فهذا لو أخذ فيه بأيسر الحكم كما [قال] (١) جاز .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وليس له قتل هذا المأخوذ بالفور وله قطعه أو الأخذ بأيسر الحكم فيه كما ذكر .

قال أبو بكر الأبهرى : والتخير إنما هو إذا لم يقع القتل ، فأما إذا وقع القتل فلا تعخير لأن فقهاء المسلمين قد اتفقوا على أن المراد بالآية ليس إذا وقع القتل .

قال أبو بكر الأبهرى : إذا كان المحارب ممن له رأى والتدبير وتجتمع جماعة اللصوص إليه وهو فيهم فهذا يجب قتله لأن في قتله صلاحاً للمسلمين ، وإن كان ممن في يديه فضل وقوة ولا رأى له ولا اجتماع إليه فهذا في قطعه صلاح للمسلمين ليكف عنهم شره ، وإن كان ممن لا رأى له ولا قوة نفاه ، ويفعل الإمام في ذلك ما هو صلاح للمسلمين ونظر لهم وتشاور في ذلك لأهل العلم .

اعلم أن المغتال من يخفى القتل لأخذ المال كمن يخدع صبيّاً أو رجلاً فيدخله بيتاً فيقتله ويأخذ متاعه ، والمحارب يظهر القتل لأخذ المال ، وذلك كله حكمه حكم الحراة وعلم أن أقل النفى عند مالك يوم وليلة ، ومن الحجة [لذلك] (٢) نهى النبي عليه السلام للمرأة أن تسافر مع غير ذى محرم منها سفر يوم وليلة (٣) ، فالיום واللييلة أقل السفر ، فاعلم .

قوله في القوم الذين ادعوا المتاع [ق/ ١٠٤ جـ] بأيدي المحاريين : يدفع إليهم بعد الاستثناء وتضمنهم .

يريد : يضمنونها وإن ذهبت عندهم بأمر من الله ، وأما من أخذ المتاع بينة أو شاهد ويمين ثم ثبت ما هو أقطع مما جاء به وقد هلك ذلك الشيء بأمر من الله فإنه لا يضمن شيئاً ، فاعلم ذلك .

تم بحمد الله وحسن عونه

(١) فى أ : ذكر .

(٢) أخرجه : البخارى (١٠٣٨) ومسلم (١٣٣٩) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه .

(٣) فى أ : فى ذلك .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحدود فى الزنا

اعلم أنه لا يجب رجم ولا جلد إلا بإقرار لا رجوع بعده إلى قيام الحد أو يظهر بحرة غير طارئة حمل ولا يعرف لها نكاح أو بأمة لا يعرف لها زوج وسيدها غير مقرر بالوطئ أو يشهد أربعة رجال عدول على معاينة الفرج فى الفرج كالمزود فى المكحلة وإلا لم تتم الشهادة .

قال عبد الحق : وقامت السنة بنفى البكر الحر بعد الجلد^(١) ولم يأت ذلك فى النساء والعبيد ، وقد نهى النبى عليه السلام أن تسافر المرأة إلا مع ذى محرم منها^(٢) ، وقال فى الأمة : « فإن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فبيعوها ولو بصفير »^(٣) ، فردد ذكر الجلد بغير ذكر نفى ولا نصف للنفى كما للجلد .

قال أبو بكر الأبهري : والعبيد والإماء لا وطن لهم فيعاقبون بإخراجهم عنه فلا معنى لنفيهم ، [ولأن]^(٤) فى ذلك قطعاً للسيد عن خدمتهم .

[قال عبد الحق]^(٥) : قال فى « الكتاب » : ويسجن الزانى سنة والمحارب حتى [يعرف له توبة]^(٦) ، فأما الزانى [البكر]^(٧) فحدد فيه سنة لأن [فى]^(٨) الحديث : « البكر بالبكر [ق/ ٢٢١ أ] جلد مائة وتغريب عام »^(٩) ، فقد حد فى

(١) أخرجه : البخارى (٢٥٠٦) من حديث زيد بن خالد رضى الله عنه

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) أخرجه : البخارى (٢٠٤٦) ومسلم (١٧٠٤) من حديث أبى هريرة وزيد بن خالد رضى الله عنهما .

(٤) فى أ : يريد لأن .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : تظهر توبته ويعرف ذلك منه .

(٧) سقط من ج .

(٨) سقط من أ .

(٩) أخرجه : مسلم (١٦٩) من حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه .

تغريبه عاماً ، ولا يرد المحارب إليه لأنه أظهر فعله وجاهر به ، والزانى مستتر فأمرهما مختلف ، ولأن مضرته شاملة للناس فوجب ألا يخرج إلا بتوبة عن الفعل الذى فعل ، وأما الزانى ففعله لا يعدوه والمزنى بها وليس ذلك ضرراً شاملاً فوجب أن يكون الحد الموجب لإخراج المحارب ظهور التوبة منه ولا يحصر سجنه بأمد ، فاعلم ذلك .

قال فى « كتاب ابن المواز » : وأحب إلى أن تحسب السنة للزانى من يوم يصير فى الحبس ، قال : وتكون النفقة فى حمل الزانى والمحارب وحبسهما وكراؤهما على أنفسهما من أموالهما ، فإن لم يكن لهما شئ ففى مال المسلمين .

قال بعض شيوخنا من القرويين : مسألة الذى تقادم مكثه مع زوجته فشهد عليه بالزنا ، فقال : ما جامعتهما ، ومسألة كتاب النكاح الثالث : إذا أخذت تزنى بعد إقامتها مع زوجها عشرين سنة .

السؤال فيهما مختلف وذلك أن مسألة كتاب القذف هذه إذا أخذ يزنى بعد مكثه طويلاً مع زوجته ليس فيها دعوى من أحد الزوجين الوطئ ، فلذلك قال : إن لم نعلم وطئه بولد ظهر أو إقرار لم يرجم ، ومسألة كتاب النكاح فى التى زنت بعد إقامتها مع زوجها عشرين سنة ذكر فيها أن الزوج مقر بالوطئ ، فلذلك أوجب حدها ، والله أعلم .

وقال غيره من شيوخنا القرويين : بل قد يحتمل أن يكون الطول فى مسألة كتاب الحدود من المقدار الذى وقته فى كتاب النكاح ، ويحتمل أن يكون اختلاف قول كما قال يحيى بن عمر ، والله أعلم .

قال عبد الحق : وبعض الناس يفرق بين المسألتين ويقول : لما طال الأمر ولم تقم المرأة على زوجها دل أنها وطئت إذ لو لم يكن ذلك لم تترك القيام فى أغلب الحال ، فلذلك حدث إذا طال الأمر كما قال فى كتاب النكاح ، وفى مسألة كتاب الحدود إذا كان الزوج هو الذى زنى فليس من شأنه أن يظهر الوطئ فصارت شبهة تنفى عنه الحد حتى يعلم دليل الوطئ بالأسباب التى شرط .

وليس هذا عندى بشيء والتفريق الذى فرق ينعكس على [هذا] (١) القائل فى الزوج إذا كان هو الزانى ، يقال له أيضاً : ترك زوجته للقيام عليه ، دليل أن الوطئ كان ، فليس ما قال بشيء ، والله أعلم .

اعلم أنه إذا رجع واحد من شهود الزنا بعد أن رجم الزانى وهم خمسة فأكثر ، لا شئ على الراجع لأن الحد يقوم بمن بقى وهم الأربعة الباقون ، فأما إن رجع واحد من الأربعة بعد ذلك فيغرم هو والأول ربع الدية بينهما نصفين ، وإن كانوا جماعة للذين رجعوا قبل رجوع واحد من الأربعة فذلك بينهم بالسواء مع الراجع يشتركون [فى ذلك] (١) ، فإن رجع آخر فعليه وعلى من رجع قبله نصف الدية بينهم بالسواء على هذا المعنى ، فاعلم .

وقد ذكر ابن المواز ما قلناه .

[قال عبد الحق] (٢) : اعلم أنه من قذف مجبواً فقال له : يا زان ، فإن كان قد جب قبل أن يحتلم لم يحد قاذفه ، فأما لو جب فى كبره يحد ، وليس يفترق هذا فيمن شهد عليه بالزنا [فأصابوه] (٣) مجبواً هاهنا لا يحد الشهود كان قد جب قبل احتلامه أو بعد احتلامه لأنهم إن رأوه يزنى قبل جبابه فشهادتهم عليه جائزة ، وإن قالوا : رأيانه يزنى بعد جبابه فلا حد عليهم لأنه لم يكن ممن يزنى إذ ليس معه آلة الزنا .

وقد سألت عنها بعض شيوخنا من القرويين فقال نحو ما ذكرته : أنهم لا يحدون إذا كان جبابه قبل تاريخ الشهادة ، بخلاف من قال لمجبوب : يا زان ، وقد كان قد جب بعد احتلامه ، وخالف هذا بعض شيوخنا من القرويين ورأى المسألتين سواء ، وليس ذلك بصحيح ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا شهد [اثنان] (٤) أنه زنى بها وشهد اثنان أنه إنما كان بين فخذيها فيحد الشهود على الزنى ويعاقب المشهود عليه بشهادة الرجلين للذين قال : كان بين فخذيها ، بخلاف إذا انفرد واحد [فشهد بأنه كان بين فخذيها] (٥) لأن الواحد لا يقوم به الأدب فى هذا والشاهدان [فى هذا

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : ثم أصابوه .

(٤) فى أ : شاهدان .

(٥) سقط من ج .

يجوزان [(١) ويؤدب بشهادتهما وهذا بين .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا زنى الكافران وهما عبدان لرجل مسلم لا يردان إلى أهل دينهما وهما للمسلم فهذه حرمة يمنع من ردهما إلى [أهل] (٢) الكفر ، وإنما يردان إلى أهل دينهما إذا كانا من أهل الذمة ليسا لمسلم .

وقال فى مسألة من أفاض زوجته قوله : عليه ما شأنها ، معناه أنها تقوم لو كانت أمة بغير ذلك الشين وتقوم بذلك الشين فإن كان [ق/ ٢٢٢ أ] النقصان الربع أخذت ربع الدية أو الخمس فخمس الدية ، هكذا إنما يجعل ذلك النقصان جزاء فيؤخذ من الدية قدره .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إن جهل الإمام وأقام الحد على السكران قبل أن يصحو مضى ذلك ولا يعاد عليه ، يريد : لأنه يجد ألم ذلك [الذى فعل به] (٣) بعد صحوه والحد إنما هو من باب الردع والعقوبة ، فذلك يناله ضرره بعد صحوه كما قلنا فلا يعاد عليه ، والله أعلم .

وقال : إذا شهد على المرأة بالزنا لم تمهل للاستبراء حتى يكون حملاً ظاهراً ، فحينئذ يتوقف عن رجمها حتى تضع ، بخلاف إذا زنت من لها زوج مرسل عليها هاهنا تستبرأ ثم بعد ذلك ترحم .

والفرق بين ذلك : أن طالب النطفة هاهنا قائم وهو الزوج الذى له الحجة فى [نسبه] (٤) ولا طالب فى المزنى بها فرجمت إلا أن يكون الحمل ظاهراً كما قدمنا ، والله أعلم [ق/ ١٠٣ ج] .

تم كتاب الحد فى الزنى بحمد الله وحسن عونه

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى ج : نسله

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب القذف

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما لم يحد من جمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ومن جمع بين الأختين من الرضاع لأن هذا تحريم بالسنة وليس محرم بالكتاب، وأما جمعه بين الأختين من النسب فيحد فيه لأن ذلك منصوص في الكتاب، وهذا أصل يعتمد عليه أن ما كان محرماً بالكتاب [فهو]^(١) الذي يحد فيه وما كان من تحريم السنة فلا يحد فيه .

قال : الفرق بين الذى يطأ أمة ويدعى أن سيدها باعها منه فيجب على ربها اليمين فينكل أن الحد يسقط عن الواطئ إذا حلف فقضى له بها ، وبين الذى يسرق متاعاً من دار رجل ثم يقول : حلفوا رب المتاع أنه ليس لى ، فينكل عن اليمين ، أن القطع لا بد منه ، وإن حلف السارق واستوجب المتاع ، أنا وجدنا الوطئ كان مباحاً أو محظوراً إنما شأن الناس الاستتار به لا إعلانه والسرقة فهي التى يستتر بها واستساراه دليل أن المأخوذ ليس له ، فلذلك وجب القطع ، والله أعلم .

[**قال عبد الحق**]^(٢) : إن قيل : لم قال : إذا وطئ أحد الشريكين الأمة فلم تحمل ليس لشريكه إذا لم تقوم عليه أن يتبعه بما نقص الأمة [وقد]^(٣) قال فى المتعدى على ثوب يفسده فساداً كثيراً أن لربه إمساكه والرجوع بما نقصه ، فما الفرق بين المسألتين وقد وجبت له القيمة فيهما جميعاً فتركها ويمسك ؟

فالجواب : أن ابن القاسم قد اختلف قوله فى الثوب إذا أفسده كثيراً ، فقال مرة : ليس له ما نقص إذا أمسك ، ومرة رأى ذلك [له]^(٤) فجوابه فى مسألة الأمة على القول الذى يرى أنه لا يكون لها ما نقص إذا [أمسك الثوب]^(٥) والله أعلم .

(١) فى أ : فهذا .

(٢) سقط من ج .

(٣) زيادة من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : تمسك بالثوب .

وأعرف أن بعض شيوخنا من القرويين قال [لى] ^(١) هذا عندما سألته [عن ذلك] ^(٢).

فإن قيل : لم كانت القيمة على الشريك الواطئ يوم الوطئ أو يوم الحمل كيف شاء الشريك ، والشريك إذا أعتق شقصاً إنما يغرم قيمته يوم الحكم لا يوم العتق ولا يجبر شريكه عليه والحمل فهو يجر إلى العتق ؟

فالجواب : إن وطئ الشريك وطئ عداء فأشبهه أن يكون الجواب فيه كسائر المتعدين الذين إنما تتعلق عليهم القيمة يوم العداء لا يوم الحكم ، وليس المعتق شقصاً من عبد [أو أمة] ^(٣) بينه وبين رجل مما يقال فيه : إنه تعدى وفعل ما لا يجوز ، فهذا مفترق ، والله أعلم .

اعلم أن مسألة الأمة يعتق الشريك جميعها مأخوذ [فيها] ^(٤) من وجوه : من ذلك قوله : ليس للشريك أن يعتق نصيبه إذا كان معتق جميعها موسراً ، وهذا خلاف أصلهم فيمن أعتق شقصاً [له فى عبد] ^(٥) لأن للشريك أن يعتق أو يقوم ولا يفترق ذلك فى القياس لعتق الشريك جميعها لأن عتقه إنما هو متسلط على ما يملك منها لا على ما لا يملك ، ويلزم على هذا الجواب الذى وصف أن تكون القيمة على المعتق يوم أعتق لا يوم الحكم ، وهذا أيضاً خلاف أصلهم .

وقوله أيضاً : يحد الواطئ إذا كان شريكه المعتق موسراً ، ضعيف لأن نصيبه على ملكه حتى يقوم ، وهذا جرى فيه على باب واحد فى نفاذ الأمر بالعتق ، لكنه أضعف ذلك بقوله : إذا كان المعتق موسراً ، فلم يؤخذ بالقيمة حتى عدم ، ففرق بين كون الشريك غائباً أو حاضراً ، فهذا لم تمر فيه على ما تقدم ، وكان ينبغى على أصل ما تقدم أن لا يفترق كون الشريك حاضراً ولا غائباً لأنها قد فاتت بعتق جميعها لما كان المعتق موسراً ووجب نفاذ العتق ، فلا يراعى ما وصفنا ، [كذا] ^(٦) يلزمه ،

(١) زيادة من أ .

(٢) فى أ : عنه .

(٣) سقط من جـ .

(٤) فى أ : منها

(٥) سقط من جـ .

(٦) فى أ : كذلك .

والله أعلم .

اعلم أنه إذا وطئ مكاتبه بينه وبين رجل فوجب عليه [ق/٢٢٣ أ] ما نقص الوطئ يكون عليه ذلك لشريكه ويقاصه فيها في آخر الكتابة كجناية الأجنبية عليها أنها تقاصص بأرش الجناية ، وأما ما ناب الواطئ فساقط عنها إذا أكرهها ، ولو لم تحمل لم تقوم على الواطئ لأنه يصير نقلاً للولاء ، وكذلك [المدبرة] (١) إذا وطئها فلم تحمل لا يقومها الشريك الذي لم يطاءً على الواطئ لأنه يصير نقل ولاء ، بخلاف الأمة التي لا عقد للعتق فيها ، وإذا حملت هذه المكاتب المشتركة ليس لها أن تعجز نفسها إذا كانت لها مال لانتقال الولاء كما وصفنا ، بخلاف المكاتب التي لا شرك فيها هذه لها أن تعجز نفسها إذا حملت من وطئ السيد ، وإن كان لها مال ظاهر ، ونحو ما [قدمت] (٢) حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين وهو بين كله ، والله أعلم .

[قال عبد الحق] (٣) : قول ابن القاسم في مسألة من قال لعبده : لست لأبيك ، وأبوه مسلم وأمه كافرة أو أمة : أنه يحسد لأنه حمل أباه على غير أمه ، يريد : كأنه قال له : لست لأبيك من أمك لكن أبوك [أولدك] (٤) مع غيرها ، فقد رمى أباه بالزنا ، كذا يصح قوله : لأنه حمل أباه على غير أمه ، والله أعلم .

اعلم أنه إذا نفى رجلاً من أبيه كان على النافي الحد إذا كان المنفى حراً مسلماً كان أبواه حريين مسلمين أو عبيدين أو نصرانيين ، ذلك سواء وهو قول مالك وأصحابه ، فإن أراد المنفى أن يعفو عن الذي نفاه نظره فإن كان أبواه عبيدين أو نصرانيين كان ذلك له ولم يكن لأبويه في ذلك [شيئاً] (٥) ، وإن كان أبواه حريين مسلمين كان لأبويه أن يقوموا بحدّهما على من نفى ولدهما لأنه قطع نسبه من أبيه وزنى أمه ، وكذلك إن كان أبوه حراً مسلماً وأمّه نصرانية أو أمة ، كان لأبيه أن يقوم بحدّه على من نفى ولده منه ، ولأنه حمل أباه على غير أمه فصار قاذفاً لأبيه ، ولو

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : تقدمت .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : ولدك .

(٥) في أ : قول .

كان أبوه عبداً وأمه حرة مسلمة كان لها أن تقوم بحدها على من قال لولدها : لست لأبيك ، وإن كان ولدها قد عفا عنه لأنه رماها بالزنا حين قال لولدها : لست لأبيك ، ولو كان إنما قال رجل [لعبده أو لغير عبده] (١) : لست لأبيك ، فإنه ليس في قطع نسب العبد حد ، فإن كان أبوا العبد عبيدين أو نصرانيين فإنه لا حد على من قال ذلك له ، وإن كان أبواه حرين مسلمين فعلى قاتل ذلك له الحد ، وكذلك لو كانت أمه حرة مسلمة وأبوه عبداً فكان على قاتل ذلك له الحد تاماً لأنه زنى أمه حين قال لابنها : لست لأبيك ، ولو كانت أم العبد أمة أو نصرانية وكان أبوه حراً مسلماً فقال له رجل : لست لأبيك ، فقال ابن القاسم : يحد قاتل ذلك له .

قال : لأنه إذا قال ذلك للعبد فقد حمل أباه على غير أمه فصار قاذفاً لأبيه ، وذكر ابن القاسم أنه سأل مالكا عنها فأبى أن يجيبه فيها بشيء .

وذكر ابن المواز عن أشهب أنه قال : لا حد عليه لأن الابن عبد ولا حد في نفيه ولم يقذف الأب الحر ولم ينفه من نسبه ، وكذلك روى ابن حبيب عن ابن الماجشون أنه لا حد عليه ، قال : لأنه ليس في نفى نسب العبد من أبيه حد لأنه لا حرمة له .

تم كتاب القذف بحمد الله وحسن عونه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
كتاب الأشربة

قال [ابن] (١) الجهم : قوله : لا يخلط البسر والرطب ولا التمر والزبيب [فينبذان] (٢) لنهى النبی علیه السلام عن ذلك ، فهذا على التنزه ولو فعله فشربه قبل أن يشتد لما كان به بأس وإنما نهى عن ذلك لأنهما إذا اجتمعا أعان كل واحد منهما صاحبه على سرعة الشدة ، وإذا كان كل واحد منهما على حدة لم تسرع الشدة إليه .

اعلم أنه إذا كان الشيئان يصلح أن ينبذ كل واحد منهما على حدته لم يصلح جمعهما فى الانتباز ، وإن كان أحدهما يصلح أن ينبذ الآخر لا يصلح أن ينبذ أو جميعاً لا يصلحان فجمعهما جائز .

قال أبو محمد فى « النوادر » : وقيل : لا بأس أن يخلط شراب ورد وشراب بنفسج ويشربان لأن أصلهما واحد وهو السكر .

قال عبد الحق : وقع فى بعض الروايات أن (خلط العسل [ق/ ١٠٥ ج] بنبيذه لم يصلح) بزيادة الهاء .

قال لى بعض القرويين : الهاء هاهنا عائدة على الرجل الذى خلط ذلك ، وليس يعنى خلط العسل بنبيذ العسل ، وفى رواية أخرى (خلط العسل بنبيذ) .

فقال سحنون : وذلك إذا كان بنبيذ غير عسل وأما إذا كان بنبيذ عسل فلا بأس أن يجعل فيه العسل .

اعلم أنه إذا شهد رجلان على رجل أن الذى به رائحة خمر ، وشهد آخران أنها ليست رائحة خمر ، فإنه يحسد ، كقوله فى كتاب السرقة إذا اختلف المقومون فى قيمة السرقة : فقومها بعضهم بأقل من ثلاثة دراهم ، وقال آخرون : بل قيمتها ثلاثة دراهم ، فقال : إذا اجتمع عدلان بصيران أن قيمتها ثلاثة دراهم وجب القطع بذلك فيما وصفنا ، والله أعلم . [ق/ ٢٢٤ أ]

تم كتاب الأشربة بحمد الله وحسن عونه

(١) فى أ : أبو .

(٢) فى أ : فينبذ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الجنایات

قال بعض القرويين في العبد الجاني : إذا بيع فافتكه المشتري ورجع بأقل

كما ذكر في « الكتاب » عهده يجب أن ينظر فيها ، فإن كان افتكه بأقل من الثمن فعهده على البائع ، وإن افتكه بمثل الثمن فأكثر فعهده المشتري على أهل الجناية [لا] (١) على البائع ، وذلك أنه إذا افتكه بأقل من الثمن [وقد] (٢) بقى بيد البائع فضل وهو قد رضى بتمام البيع فكانت العهدة عليه ، وإذا افتكه بمثل الثمن فأكثر فلم يبق في يد البائع من الثمن شيء يحتاج عليه به في إيجاب العهدة عليه ، والله أعلم .

قال عبد الحق : وسألت بعض شيوخنا من القرويين عن قوله في هذه المسألة

في العبد الجاني إذا بيع فافتكه البائع للمبتاع : رده بالعيب إلا أن يكون البائع بين له العيب ، يريد : في العمد كما قال غيره .

فقلت : أليس إذا بين للمشتري عند عقد البيع أنه عبد جنى جناية عمداً يحصل

في هذا البيع غرر لأن المشتري لا يدري هل يقتص منه أم لا ؟

فقال : إنما محمل المسألة إذا جنى عمداً جناية أئلف بها مالا ليس جناية فيها

قصاص ، ولو كانت جناية فيها قصاص لكان الأمر كما وصفت ، والله أعلم .

اعلم أنه إذا جنى عبده ثم أعتقه ولم يرد حمل الجناية قوله في « الكتاب » : يباع

منه بقدر الجناية ويعتق ما فضل .

معناه : أن السيد لا مال له ، وأما إن كان السيد ملياً فيقسم عليه عتق جميعه ،

وكذلك قال ابن المواز : إنه إذا كان فيه فضل للعتق بعد البيع والسيد ملئ أدى جميع

الأرش وعتق عليه ، وينبغي إذا كان السيد موسراً كما وصفنا أن لا يحلف السيد أنه

لم يرد حمل الجناية لأنه يقال له : لو كان كما الأمر [وصفنا] (٣) : أليس إذا

أسلمته فبيع بعضه في الجناية وعتق باقيه يلزم تقويم جميعه عليك فيلزمه أرش الجناية

شاء أو أبى .

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : فقد

(٣) في أ : وصفت .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى العبد الجانى يأسره العدو ثم يبتاعه رجل

من المغنم : على مذهب ابن القاسم إذا جاء سيده وهو بيد المشتري فيفتكه إن أحب بالثمن الذى أدى فيه مشترىه وبالجناية جميعاً أو يسلمه ، بخلاف ما قال سحنون : إنه إنما يفتكه بالأكثر من الجناية أو الثمن لأنه إذا افتكه بالأكثر وكان فى العبد فضل كثير كيف يستبد بالفضل .

ونص ما لسحنون [فى « المستخرجة »] (١) هو ما أذكره ، قيل لسحنون :

أرأيت العبد يجنى ويركبه الدين من تجارة وقد كان سيده أذن له فيها فيأسره أهل الحرب ثم يغنمه المسلمون فيصير فى سُهْمَان رجل من المسلمين ، ثم أتى سيده يريد افتكاكه كيف يفتكه ؟ وبماذا يفتكه ؟

قال : يفتكه بالأكثر من أرش الجناية أو مما صار لهذا الرجل فى سُهْمَانه ، فإن كان الذى صار فى سُهْمَانه عشرة دنائير وأرش الجناية عشرون افتكه بالأكثر وهو أرش الجناية ، فيأخذ صاحب السُهْمَان عشرة [دنائير] (٢) وصاحب الجناية عشرة ، فإن كانت الجناية عشرة والذى صار فى السُهْمَان عشرين افتكه السيد بالأكثر وذلك عشرون فيأخذها صاحب السُهْمَان وليس لصاحب الجناية شئ .

قال ابن عبدوس : قال سحنون : وإنما كان على السيد الأول الأكثر ، لأن الجناية قد لزمته قبل أن يؤسر فلا يكون الأسرى يطل ذلك ، وإنما بدى بذلك صاحب السهم لأنه أحدثهم ملكاً .

قال : وإن صار فى سُهْمَان رجل ثم جنى ثم قام ولى الجناية وأبى السيد كان السيد الأول مخيراً بين أن يفتكه بالذى صار فى السُهْمَان ثم أخذ منه المجنى عليه عقل جنائته وكان فضل ذلك للذى صار فى سُهْمَانه ، وإن كان كفافاً فلا شئ له ، وإن كان أرش الجناية أكثر مما صار له فى [السهم] (٣) افتكه بالأرش وكان ذلك للمجنى عليه ، وإن أبى السيد الأول أن يفتكه بذلك خير الذى صار فى [سهمه] (٤) فإن

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : السُهْمَان .

(٤) فى أ : سُهْمَانه .

شاء أسلمه إلى صاحب الجرح ، وإن شاء افتكه منه بعقل جرحه وبقي [له] (١) وفي يديه ، قال : وإن جنى ثم صار فى السُّهمان ثم جنى فإن بعضهم لا يدخل على بعض والآخر منهم مبدى .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى العبد الموصى به فجنى قبل موت السيد : إن افتكه السيد وقيمته أقل من الأرض أو أسلمه وقيمته أكثر من الأرض فذلك محابة يكون ذلك فى [ثلث] (٢) السيد .

ولهذا قال سحنون فى المسألة : إذا اعتدلت قيمة رقبته وجنائه ، يريد : إذا كانت [ق/ ٢٢٥ أ] الجناية خطأ ، ولا يراعى ذلك إذا كانت عمداً .

قال ابن المواز فى العبد الموصى بعتقه يجنى فلا يقوم ولى الجناية إلا بعد موت السيد [فيفتكه] (٣) الورثة ، قال : أسقط قيمته العبد من مال الميت فى قول ابن القاسم ثم يكون ما بعد هو ماله ، فإن كان فداؤه بالثلث فأدنى عتق كله ، وإن فدوه بأكثر عتق منه قدر ثلث الميت بعد إسقاط العبد من مال الميت .

قال محمد : كأنهم ابتاعوا رقبة من مال الميت ، فإن اشتروه بثلث الميت غير العبد عتق وكأن العبد استحق وليس له ، وإن اشتروه بأكثر لم يعتق منه إلا ما حمل الثلث .

إن قيل : لم إذا خير السيد فى المدبر الجانى والمعتق إلى أجل بين أن يفتك أو يسلم الخدمة فاختر إسلام الخدمة يخدم المجنى عليه ويقاص المدبر والمعتق إلى أجل فى الأرض ، [فإن استوفى مقدار الأرض] (٤) رجع المدبر والمعتق إلى أجل إلى السيد ، وهلا كان للمجنى عليه أن يخدم المدبر إلى موت سيده ويخدم المعتق إلى أجل إلى انقضاء الأجل ، لأن السيد يملك الخدمة فى [المدبر] (٥) إلى الموت ويملك الخدمة فى المعتق إلى أجل إلى الأجل فقد سلم ما يملك فلم يقاصص بالخدمة فى الأرض ، وهلا كان ذلك كالعبد الذى لا عقد عتق فيه أنه إذا خير فيه السيد فأسلمه

(١) زيادة من أ .

(٢) فى أ : يدى .

(٣) فى أ : فيفديه .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : التدبير .

يكون للمجنى عليه رقبته ، وإن كان فى رقبته فضل عن الأرض لو بيع لم يلتفت إلى ذلك وكانت له رقبته فوزان هذا فى المدبر والمعتق إلى أجل [أن] ^(١) يكون للمجنى عليه [ق/١٠٦ ج] الخدمة حتى ينقضى حق السيد منها ولا يأخذ منها مقدار الأرض ؟

فالجواب : أنا لوجعلنا للمجنى عليه الخدمة حتى ينقضى حق السيد [منها] ^(٢) ويجعل تسليم الخدمة كتسليم الرقبة كما تقدم لم يخل إذا أسلم ذلك من أحد ثلاثة أوجه :

إما أن لا يكون للمجنى عليه غير تلك الخدمة وإن كان قد بقى من أجل عتق المعتق إلى أجل أيسر شيء أو مات سيد المدبر أيضاً فى أقرب مدة أو تكون له الخدمة ويطلب بما بقى له من الأرض إذا بقى له شيء أو يطلب بالأرض كاملاً ، فأما أن يجعل للمجنى عليه حق السيد فى الخدمة فقط لا غير فهذا لا يستقيم إذ قد يبقى من الأجل أيسر شيء كيوم ونحوه أو يموت سيد المدبر بعد التسليم قبل أن ينتفع هذا المجنى عليه بشيء فمحال أن يبطل أرض جنايته ، وإن جعل للمجنى عليه مطالبة السيد بجميع الأرض ، فهذا لا يستقيم أيضاً لأن السيد قد أسلم ما كان يملك منه فلا يطالب بغير ذلك ، ولا يطالب العبد أيضاً بالجميع لأنه قد أسلم فيه ما كان يملك السيد فيصير المجنى عليه يملك شيئين ما أسلمه السيد وجميع [أرضه] ^(٣) فهذا أيضاً غير مستقيم ، فإذا بطلت الوجهان بما وصفنا لم يبق إلا الوجه الثالث وهو أن يطالب العبد بما بقى له من الأرض إن بقى له منه شيء ، فإذا كان يطالبه بما بقى وجب إذا استوفاه والسيد حتى ألا يكون له غير ذلك ويرجع المدبر إلى السيد والمعتق إلى أجل ، كذلك إذا بقى من الأجل شيء بعد استفاء الأرض [رجع] ^(٤) إلى السيد يخدم فيما بقى ، هذا الوجه عندي فى ذلك ، والله أعلم .

اعلم أن ما وقع فى « الكتاب » فى مسألة المدبر تجتمع عليه الجناية والدين : إلا أن يزيد أهل الدين على قيمة الجناية ، وفى موضع آخر : إلا أن يفدوه بالأرض .

(١) فى أ : و .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : الأرض .

(٤) فى أ : يرجع .

إنما ذلك راجع إلى ما فسرته ابن المواز وهو : أنهم إذا افتكوه بالأرض فقط ولم يزدوا عليه ، فإذا بيع وفضل عن الأرض فضل يكون ذلك الفضل في دينهم ، وإن فدوه بزيادة كان الفضل عن الأرض لهم ولا يحاسبون به في دينهم لأنهم يصيرون كأنهم ملكوه بتلك الزيادة ففضله لهم ، فليس في ذلك تناقض ولا اختلاف قول ، وإنما يختلف الوجهان على ما بينا ، والله أعلم .

وقوله : يزدوا على الأرض .

مثال ذلك : أن يكون الأرض خمسون ديناراً ، فيقولوا : نحن ندفع خمسين إلى أهل الأرض ونسقط عشرة دنانير من ديننا عن ذمة الميت ، فهذا الذي يسقطونه من دينهم يصير ذلك كسواء منهم إن فضل عن الأرض شيء كان لهم ولا يأخذونه من دينهم ، فاعلم ذلك .

واعلم أنه إذا كانت الجناية عشرة دنانير والدين عشرة دنانير وقيمة العبد عشرون فإنه لا يباع منه للأرض وللدين ، بل يكون لأهل الجناية جميعه إلا أن يفتكه أهل الدين كما ذكرنا ، فإن كان في قيمته فضل عن عشرين ولو بشيء فها هنا يباع [منه] (١) للأرض وللدين ويعتق ثلث ما بقى لأنه ها هنا يحصل فيه جزء من الحرية ، فإذا لم يحصل فيه جزء من الحرية فالجناية إنما سبيلها أن تتعلق بجملة الرقبة حتى يفتك الجاني [ق/٢٢٦ أ] وليس حكم جنايات العبيد أن يباع منهم بمقدار الأرض إذا كان في قيمتهم فضل عنها ، بل لو كانت الجناية أيسر شيء هي متعلقة بجملة الرقبة إلا أن يفتك من له إفتكك العبد ويؤدي أرض جنايته ، فاعلم ذلك .

فإن قيل : إن هذا العبد المدبر الذي ذكرت أن قيمته عشرون وأرض جنايته عشرة والدين عشرة ، إنما وجب رقة من جهة الدين لا من جهة الأرض لأنه لو انفرد الأرض خاصة ولا دين على السيد وجب ألا يمنع الأرض الواجب من عتق المدبر وأن يتبع ما عتق منه بما يقع عليه من الأرض إن عتق بعضه ، كان الأرض قليلاً أو كثيراً ، فإن كان الموجب لتسليط الرق عليه هو الدين فلم لا يكون لأهل الجناية منه مقدار ما اغترق الدين فقط فيكون لهم في المثال الذي ذكرنا نصفه إذ الدين [قد] (٢) اغترق نصفه ؟

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : إنما .

فالجواب عن هذا الاعتراض : أنَّ لو فعلنا هذا [وأسلمنا] (١) لأهل الجناية نصف [و] (٢) الدين قد اغترق نصفه وجب أن يعتق في المدبر ما يجب عتقه وذلك لا يصح [فيه] (٣) لبقاء الدين [لأن المدبر لا يصح عتقه مع وجود الدين فإذا لم يصح عتقه مع وجود الدين لم يصح أن يأخذ أهل الجناية نصفه فقط وأنت أيضاً إن جعلت نصفه لأهل الدين فقط قام أهل الجناية وجنائيتهم أقوى إذا كانت تتعلق بالرقبة فلم لم يصح أن يجعل ذلك المقدار لأهل الأرض إذ العتق لا يصح فيه لبقاء الدين] (٤) والدين يمنع من عتقه ، ولم يصح أن نجعل لأهل الدين ذلك المقدار الذي اغترقه [أهل] (٥) الدين لقيام أهل الجناية فيه على ما وصفنا وجب أن يكون أهل الجناية أولى بجميعة إلا أن يفتكه أهل الدين ، والله أعلم .

اعلم أن المدبر الذي أعتقه سيده وحلف أنه لم يرد حمل الجناية إن افتداه بعد ذلك كان حراً .

وقوله في «الكتاب» : يخير بين أن يسلمه أو يفديه مدبراً .

هذا الكلام فيه تقديم وتأخير ، وإنما وجهه : يخير بين أن يسلمه مدبراً أو يفتيه ، وهكذا تأول ذلك [أبو] (٦) محمد - رحمه الله - وغيره .

وقول ابن المواز : إن كان السيد عديماً لم يحلف ويسلم المدبر يخدم في الجناية .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : ليس هو خلاف لكلام ابن القاسم فإن طرأ له مال بعد ذلك فها هنا يقال له : احلف ، لأنه إن نكل أخذ المال في الجناية كمسألة المخيرة قبل البناء تقضى بالثلاث فيناكرها أنه لا يحلف الآن وإنما يحلف إذا أراد تزويجها لأن اليمين الآن لا فائدة فيها ، وإنما يكون لفائدة ، فتدبر ذلك .

قال في «الكتاب» : فإن لم يكن للسيد مال رد عتقه [وأسلم] (٧) إلى المجروح يخدمه ، فإن أدى في حياة سيده عتق ولم يلحقه دين استحدثه السيد بعد

(١) في أ : وأعطينا .

(٢) في أ : إذ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : ويسلم .

عتقه ، وإن لم يوفها حتى مات السيد وقد استحدث بعد عتقه ديناً لم ينظر إلى ذلك [الدين] (١) .

يريد : أن السيد إذا ترك مالاً [أخذه] (٢) أهل الدين يأخذونه ولا يباع لهم المدبر وليس يعتق المدبر في ذلك المال لأن الذي ترك الميت الدين أولى به ، وإنما لا ينظر المدبر في بيع شيء منه في الدين فقط ، وأما مال الميت فلا ينتفع المدبر به بل أهل الدين يأخذونه كما قلنا . قال ابن عبدوس : قلت لسحنون : ولم أعتقت ثلثه بموت السيد وقد مات السيد وعليه دين يغترقه والدين يرد التدبير ؟

فقال : لأن الذي رد عتق العبد من أجله إنما هو الجناية فلا حجة لأهل الدين لأن الميت قد أعتقه قبل دينهم ، ويقال لأهل الجناية : قد كان لو لم يعتقه السيد لعتق ثلثه بالتدبير ، فلا يكون العتق الذي عجله السيد لغيره .

قال عبد الحق : قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا في المدبر الجاني على سيده : إذا مات السيد قبل وفاء الأرض فعتق بعض المدبر في الثلث وأتبع حصة العتيق بما يقع عليه ورق باقيه للورثة ، ينبغي أن يكون ما يؤخذ من العبد كمال طارئ يدخل في ثلثه ، وذلك أن المدبر حكمه [أن] (٣) يدخل [في ثلثه وذلك أن المدبر حكمه يدخل] (٤) فيما علمه السيد من المال وما لم يعلمه خلاً أنا إذا أعتقنا منه ثلث ما يقبض [منه] (٥) أولاً وجب أن نجعل على الجزء الذي ازداد في عتقه ما يقع عليه من الأرض ، فكلما اتسع جزء العتق بأخذ ما يؤخذ منه فإنه يجعل على ذلك الذي يعتق مقداره من الأرض ، وهو كلام جيد فتدبره .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا في الأمة الجانية : إذا وطئها السيد عالماً بالجناية [فحملت] (٦) ولا مال له ، إنما تسلم لأهل الجناية إن لم يكن فيها فضل

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

عن الأرض ، فأما إن كان فيها فضل بيع منها بقدر الأرض والباقي بحساب أم ولد .
يريد : على أحد الأقاويل .

قال : وهذه الأمة الجانية لا بد أن تستبدأ وإن لم يظهر بها حمل [ق/٢٢٧ أ]
كانت وحشاً أو غير وحش ولا تهمة على السيد في هذا إذا أقر بالوطئ ولا بد من
استبرائها .

قال بعض [ق/١٠٧ ج] القرويين : وإذا حملت فالقيمة إنما تكون يوم الحمل
لا يوم الحكم ، لأنها حيثئذ فاتت بالحمل .

قال : وإذا كان لها مال قومت بمالها عند ابن القاسم وغيره ، بخلاف أم الولد
التي اختلفا في تقويمها بالمال إذا جنت .

والفرق بينهما : أن هذه تعلقت الجناية برقبته ومالها ، والوطئ الذي حملت منه
[حادث منع من رقبته]^(١) فلا بد أن يقال : كم قيمتها بمالها ؟ لأن الرقبة والمال قد
كان وجب أن يسلم ، وأم الولد الجانية ولها مال من حيث جنت ممنوع من رقبته
فوقع الاضطراب في قيمتها بمالها ، فاعلم أن المسألتين مفترقتان .

واعلم أنه إذا وجب تسليم الأمة وقد حملت لكون الواطئ عديماً وعلمه بالجناية
لا شيء عليه في قيمة الولد ، وأما مسألة الابن يطأ من تركه أبيه أمة وتبادر الغرماء
فيلزمه قيمة الولد .

والفرق بين ذلك : أننا وجدنا في الأصل الأمة الجانية لا تسلم في الجناية بولدها
وإن كان حادثاً بعد جنائيتها وتباع في الدين مع ولدها ، فحكم ذلك مفترق ، والله
أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإنما ألزمه الأرض في هذه المسألة إذا وطئ
علماً بالجناية ولم يقل فيها : يحلف أنه لم يقصد التزام الأرض كما قال : إذا اعتق
العبد بعد الجناية أنه يحلف ما قصد تحمل الأرض لأنه إذا اعتقه يحتج بأن يقول :
أردت أن يكون متبوعاً بالأرض في ذمته ، وفي مسألتنا لا حجة له لأنها بعد حملها

(١) في أ : فمنع من رقبته من أجله عادت .

هو مخاطب فيما [يطرأ]^(١) من جنائيتها فلا [مقال له]^(٢) ، والله أعلم .

واعلم أن الذي وطئ الأمة من تركة أبيه فحملت إنما يكون عليه الأقل من قيمتها أو الدين ، وإن وطئها عالماً بالدين فلا يلزمه الدين كله كما يلزمه الأرض كله في الأمة الجانية . يطأها سيدها عالماً بالجناية لأن الدين لا يتعلق بعينها خاصة ، وإنما حكم ذلك أن تباع فيدفع للغرماء ثمنها ، فإذا كان ثمنها أقل من الدين فهو الذي أتلّف على الغرماء فلا يلزمه غيره ، وإذا كان دينهم أقل فلا حجة لهم ، وأما الجناية فهي متعلقة بالرقبة ولو هلكت الرقبة بطلت الجناية ، فإذا وطئ عالماً بحنائيتها عدّ ذلك منه رضاً بتحمل ما يتعلق بعينها من الأرض ، والله أعلم .

إن قيل : لم إذا عفى عن الحر القاتل عمداً على أن تؤخذ منه الدية لا يخير على قول ابن القاسم وإذا عفى عن العبد القاتل عمداً على أن يؤخذ كان ذلك للعافين وخير السيد بين إسلامه واقتكاكه بالأرض ، وفي كلتا المسألتين إنما وجب دم .

فالفارق بين ذلك - والله أعلم - : أن العبد سلعة من السلع ومال يملك فلما جاز قتله جاز أخذه رقاً ، والحر ليس بشيء يملك فلم يجز الانتقال إلى أخذ ماله إلا بطوعه .

وأيضاً فإن الحر يقول : يبقى مالى لورثتى لأنه مأمور بالإبقاء على الوارث ولا حجة لسيد العبد لأنه إن قتل أو أخذ ذلك عليه سواء لأنه يزول عن يده في الوجهين . والحر أيضاً يقول : أنا أرجو أن يكون في الفوت كفارة لى ، فلهذا ونحوه لم يأخذوا ماله ولا حجة لسيد العبد في العقد بما وصفنا فأمرهما مفترق ، والله أعلم .

قال بعض القرويين : إذا باع عبداً أو دلس على المشتري بسرقة فسرق عنده [فقط] ^(٣) أو سرق من غير حرز فلم يقطع إلا أنه استهلك السرقة ببقيته في ذمته رده إن شاء ولا شيء عليه ، وإن لم يدلس البائع لم يرده إلا بما نقص القطع ، وكذلك إن سرق من غير حرز واستهلكها لم يكن [له] ^(٤) سبيل إلى رده حتى يفديه من جنائته ، وإن كان إنما سرق من سيده الذى اشتراه فإن كان البائع مدلساً رده

(١) فى أ : طراً عليه .

(٢) فى أ : يقبل منه .

(٣) فى أ : فقطعت يده .

(٤) سقطت من ج .

إن شاء وكانت السرقة ديناً في ذمة العبد ، وإن كان البائع غير مدلس لم يكن له في ذمة العبد شيء ، فإن شاء أمسكه ولا شيء [له] (١) وإن شاء رده ولا شيء عليه .

قال بعض شيوخنا من القرويين في العبد يقر سيده أنه كان أعتقه وقد جنى الآن عليه رجل جناية خطأ : إن كانت هذه الجناية تبلغ ثلث الدية فأكثر فلا يلزم الجاني شيء لأن السيد إن كان قد صدق أنه أعتقه فيما مضى فالدية لا تتعلق على الجاني ، وإنما تلزم عاقلته ، وإن كان السيد قد كذب فيما قال فإنما يلزم الجاني ما نقص العبد والسيد قد نفى ذلك بقوله : إنه حر ، فلم يجب على الجاني شيء ، وأما إن كانت جناية الخطأ دون [ثلث الدية] (٢) يلزم [الجاني] (٣) الأقل من دية ذلك أو مما نقص من قيمته عبداً يدفع ذلك للعبد [لا للسيد] .

وأما إن كانت جناية الأجنبي عمداً فيدفع ما نقص العبد [(٤) وهذا الوجه الذي قال فيه نظر لأن السيد [ق/٢٢٨ أ] إن كان صدق فإنما يلزم الأجنبي القصاص ، وإن كان قد كذب فإنما عليه ما نقص العبد والسيد قد دفع ذلك ونفاه عن نفسه ، فالجواب في الخطأ فيما يظهر لى ينقض عليه ما قال في العبد وقد اعترضت عليه بما ذكرته فلم يذكر أمراً بيناً ، فتدبر ذلك .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا عجز المكاتب عن الأرض وأداه عنه سيده نظرت ، فإن كان على أن لا يرجع عليه بما أدى بقى على حاله مكاتباً لأن الجناية سقطت بدفع الأرض فيبقى على حاله مكاتباً ، وأما إن أدى ذلك عنه السيد على أن يطلبه به فعلى مذهب من يرى أنه يجبر عبده على الكتابة يجوز ذلك ويكون هذا ككتابة من السيد مبتدأة ، وعلى مذهب من يقول : لا يجبر [على الكتابة العبد] (٥) فقد صار رقاً بالعجز عن أداء الأرض ، وليس للسيد أن يفعل ما وصفنا فيصير قد جبره على كتابة ابتدأها ، والله أعلم .

وقال : إذا باع المكاتب أم ولده من غير خوف عجز فأما على القول الذي يراها

(١) في أ : عليه .

(٢) في أ : الثلث .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : عبده على الكتابة .

أم ولد له إذا عتق فينبغي أن يرد البيع فيها إلا أن تفوت بشئ من عقود الحرية ، فيمضى ذلك فيها لأنها إن ردت قد يحصل لها ما ذكرنا بأداء المكاتب أو لا يحصل فالأولى تركها لحصول ما اتعقد فيها ، وأما على قوله لا تكون أم ولد للمكاتب إذا عتق فهذه لا يرد بيعها وينفذ ، والله أعلم .

قال أشهب في ولد المكاتبه يجنى عليه السيد فيقتله : إذا [كان] (١) في قيمة الولد فضل عن الكتابة أخذت الأم ثلث ما فضل وهو مورثها منه ويسقط عن السيد ثلثه إن كانت جنايته خطأ ، وإن كان القتل عمداً لم تسقط عن السيد منه شئ وغرم الجميع فكان فضل ذلك لأولى الناس به بعد السيد .

وهذا قول فيه نظر ، لأن القيمة التي تجب على السيد كالدية فلا ينبغي أن يرث منها شيئاً لأن قاتل العمد والخطأ جميعاً لا حظ لهما في الدية .

وقد أنكر قول أشهب هذا بعض شيوخنا من أهل بلدنا وقال : العمد والخطأ سواء إنما يكون [الباقي] (٢) بعد [مورث] (٣) الأم لأولى الناس بالسيد ، والله أعلم .

قال ابن المواز في مسألة الجاني على مكاتب مكاتبه وهو عديم : يباع عليه كتابة مكاتبه فيما وجب عليه لمكاتبه من قيمة مكاتبه المقتول ويكون المكاتب مكاتب لمن اشتراه على حاله .

قال : وإن عجزت كتابته عن قيمة المقتول فيتبعه مكاتبه [المبيع] (٤) بما بقى له عليه من ذلك ديناً وهو عند الذي اشتراه ، وإن أراد المكاتب نفسه أن يشتري كتابة نفسه بما وجب على سيده فذلك له ويكون أحق بذلك ويخرج بذلك حراً .

قال عبد الحق : هذا الذي ذكره ابن المواز موافق لما قال غير ابن القاسم في [ق/ ١٠٨ جـ] مسألة كتاب أمهات الأولاد : إذا وطئ الرجل أمة مكاتبه فحملت ، فتدبره .

(١) في أ : كانت

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : موت

(٤) في أ : المباع .

وعلى قول ابن القاسم فيها يجب هاهنا أن يغرم السيد القيمة فى اليسر ويقاصه بالكتابة فى العسر وإن كانت القيمة كفاف الكتابة عتق المكاتب ، وإن بقى له [من القيمة بقية] (١) تبع [به] (٢) سيده ، فاعلم ذلك .

إن قيل : لم إذا عجل عتق مكاتبه أو عبده على مال يكون عليه ديناً ثم أفلس لا يدخل السيد مع الغرماء وهو شئ لزم الدية فهلا جرى مجرى من عليه دين من أرش جناية أليس هاهنا صاحب الجناية يحاخص الغرماء ، وهذا فليس أصله بيع ولا قرض؟

فالجواب : إن دين الجانى إنما وجب بسبب جنايته التى هى فعله فأشبهه ما يستحدثه من ديون المبيعات وما قدمنا مال جبر السيد العبد عليه وأوجه فى ذمته لا صنع للعبد فيه ، ففارق حكم ما وصفناه ، والله أعلم .

تم كتاب الجنایات بحمد الله وحسن عونه

(١) فى أ : شئ من القيمة .

(٢) سقط من ج .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الجراح

اعلم أن كل جرح لا بد فيه من تربص سنة وكذلك [يحكم]^(١) فيه وإن يرى قبل السنة حتفه أن ينتقض فبمرور الفصول الأربعة عليه يوم أن ينتقض فلا بد من التربص كما ذكرنا .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إلى هذا كان يذهب أبو موسى بن مناس رحمه الله .

قال أبو بكر الأبهري وغيره : تفسير الحكومة : أن يقوم المجروح على أنه عبد صحيح ويقوم وبه ذلك الشين فما نقص نقص مثله من دينه .

قال عبد الحق : وقوله فيه الاجتهاد وفيه حكومة سواء ، إنما تفسيره كما ذكرنا .
والديات ثلاث : دية الخطأ وهي محبسة ، ودية العمد وهي مربعة ، ودية التغليظ وهي مثلثة .

فدية العمد المربعة هي خمس وعشرون بنت مخاض [ق/٢٢٩ أ] وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جزعة .

وأما دية الخطأ والمغلظة فمذكورة في « الكتاب » وإنما [تجب]^(٢) دية العمد هذه التي ذكرنا إن اصطالحوا على دية مبهمة قضى بهذه ، وإذا عفا أحد الأولياء فجاز على من بقى قضى [له]^(٣) بها أيضاً ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين في التغليظ على أهل الذهب تقوم فيه أسنان الخطأ وأسنان المغلظة : لو كانت حالة حاضرة الآن ، وليس تقوم أسنان الخطأ على التأجيل ولو روعى هذا فيها كان يراعى أيضاً في المغلظة إن كانت على فقير أو ملى تقوم على حال فقره وملائه فتكون قيمتها على قدر ذلك ودية الخطأ هي مأمونة على العاقلة ، فربما تكون قيمتها لو صنعنا ما ذكرنا أكثر من قيمة المغلظة ، فليس هذا بصحيح ، وإنما تعتبر الأسنان لو كانت حاضرة كلها فيعرف ما زادت المغلظة حسبما

(١) في أ : الحكم .

(٢) سقط من ج .

(٣) زيادة من أ .

ذكرنا .

قال ابن حبيب : التغليظ على أهل [الذهب والورق] (١) ، قلت لأصبغ :
فإن نزل هذا ببلد لا إبل فيه مثل الأندلس ؟

قال : ينظر إلى قيمة الإبل في أقرب البلدان إلى الأندلس .

حكى عن بعض شيوخنا من القرويين في الأب إذا جرح ابنه جرحاً لا قصاص فيه : إن على قول ، مالك فيه التغليظ .

قال : وذلك لأنه لما كان الأدب ساقطاً عن الأب صار التغليظ عوضاً من ذلك والأجنبي يؤدب ، فافترقا لهذه .

وقال عبد الملك : ما كان من جرح لا قصاص فيه فلا تغليظ فيه على الأب كالجائفة والمأمومة ذكر في « الكتاب » في خرم الأنف إذا برئ على عثل ، فيه الاجتهاد .

وقال سحنون : ليس في هذا الاجتهاد لأن الأنف قد جاء فيه فرض مسمى ، فإذا برئ على عثل كان فيه بحساب ما نقص من دينه لأن العثل نقص .

قال عبد الحق : هذا مرجعه عندى إلى وجهين ، إما أن خرم العظم [وسلخ] (٢) المارن ففيه الاجتهاد ، وإن خرم ما دون العظم فذلك الحرم كالقطع فيكون في ذلك بحساب ما نقص من المارن بعد البرء ، وهكذا في كتاب ابن المواز ، وإلى هذا يرجع ما قال ابن القاسم وسحنون لا يخرج عن هذين الوجهين ، والله أعلم .

قال ابن مزين في اختيار نقصان الكلام : يختبر ذلك أهل العدل والمعرفة والتجربة ، فإن قالوا : يقع بنفوسنا أنه ذهب من كلامه نصفه أو ثلثه أو ربه أعطى بقدر ذلك ، وإن شكوا أن يكون الثلث أو الربع أعطى الثلث وكان الظالم أحق [من حمل] (٣) عليه .

قال عبد الحق : على قول من قال : يعمل في ذلك على عدد الحروف ، معناه يقال للمجنى عليه : إلفظ بجميع حروف المعجم فما عجز عنه [ولم يقدر يلفظ

(١) في نج : العتق .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : بالحمل عليه .

به^(١)، نظر كم هو من جملة الحروف فيعطى من الدية بقدر ذلك وجعل هذا القائل الحروف وإن كان بعضها أثقل من بعض كالأصابع التي بعضها أقوى من بعض واليدين أحكامها متساوية .

[قال عبد الحق ^(٢)]: وقولهم هذا في العمل على عدد الحروف ليس بشيء لأننا وجدنا بعض الحروف لاحظ للسان فيها مثل الهاء والميم والحاء ونحو ذلك .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وجه قول ابن القاسم في التربص بالمقطوع الحشفة خطأ ونحوه أنه لما كان قد يتراعى أمره إلى زيادة على الدية أو إلى ديتين ، فإن عجلت [توظيف] ^(٣) الدية من أجل قطع الحشفة ثم بعد ذلك زاد الأمر وتراعى إلى ما يجب فيه شيء آخر فيستأنف التوظيف ، وأنت لو علمت هذا أولاً ووظفت الجملة قد يجوز أن يكون أرفق بالأولين ويقع عليهم أيسر مما جعل عليهم أولاً عند أفرادهم [فتوظيف] ^(٤) واحد أوسع وأرفق بالعاقلة فيستأنى من أجل ذلك ، والله أعلم .

[وقال لى غيره من القرويين : إنما قلنا بالاستيناء وإن كان ما أصابه بحملة العاقلة من أجل أنه لا يدرى هل يرتقى ذلك إلى موته ، فيكون الواجب في ذلك يستحقه غيره أو يموت فيكون ذلك له ، فلما قلنا : لا يستحق ذلك ، وجب الاستيناء لهذا ، والله أعلم] ^(٥) .

اعلم أن الأذن إذا ردت في الخطأ فثبتت لادية فيها ، وإنما شبهها في « الكتاب » بالسن إذا ردت في وجوب القصاص ، والقصاص هو واجب على كل حال [وإن ثبت] ^(٦) والذي ذكرنا إنما هو في الخطأ ولا ذكر للخطأ في « الكتاب » إذا رد الأذن فثبتت ، وهو مذكور في غير « المدونة » .

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن قطع أذن رجل فردها فثبتت فإن عادت لهيئتها فلا عقل له وإن كان في ثبوتها ضعف فله بحساب ما يرى من نقص

(١) في أ : ولم يلفظ .

(٢) سقط من جـ .

(٣) في أ : توصيف .

(٤) في أ : فتوصيف .

(٥) سقط من جـ .

(٦) سقط من جـ .

قوتها .

قليل له : فالسن يطرح ثم يردّها فتثبت ؟

قال : يغرم عقلها تماماً .

والفرق بينهما : أن الأذن إذا ردت استمسكت وعادت لهيئتها وجرى فيها الدم ، والسن لا يجرى فيها دمها ولا ترجع كما كانت وإنما ترد للجمال [ق/ ٢٣٠ أ] .

قال ابن مزين : الأضراس عشرون والأسنان اثنا عشر ، أربع ثنايا وأربع رباعيات وأربعة أنياب .

وغير ابن مزين يقول : الأضراس ستة عشر ، ويزيد في الأسنان أربع ضواحك .

وفى كتاب ابن مزين : أن الذى يولد إلى سبعة أشهر ليس يكون له إلا [ثمانية]^(١) وعشرون سنّاً ، والذى يولد إلى ستة أشهر أو تسعة يكون له اثنان وثلاثون سنّاً .

اعلم أن بياض العين إذا زال وقد أخذ الدية قبل السنة أو بعدها فإن عليه ردها .

والفرق بين هذا وبين السن إذا ثبتت : أن السن [لا تكاد]^(٢) تعود إلى هيئتها ولا ترجع إلى قوتها وهى قد سقطت وزالت عن موضعها حقيقة وأما البياض فلم يذهب معه النظر ولو ذهب لم يعد ، وإنما كان للنظر ساتراً فزال الساتر ورجع إلى حاله فى النظر فهذا مفترق ، والله أعلم .

والعين الدامعة لا ينتظر بها بعد انقضاء السنة [ق/ ١٠٩ جـ] بخلاف العين المنخسفة لأن انخسافها جرح لا بد من براءه فينظر ذلك ، وأما العين الدامعة فقد تبقى على حالها تدمع أبداً وهذا موجود فى الناس من لا يرقأ دمع عينه البتة فلم ينتظر بها شيئاً بعد مرور الفصول الأربعة عليها .

قال : فى ثلاثة أرباع الدية تؤخذ فى ثلاث سنين ، وقال : فى الخمسة أسداس يجتهد الإمام فى السدس [الثانى]^(٣) .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : على هذا القول جعله الأربعة أسداس فى

(١) فى أ : ستة .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : الباقي .

ستين لأنها ثلثا الدية ويجتهد في السدس الباقي على أن يجعله على حساب أربع سنين أو على حساب ثلاث [سنين] ^(١) ، يلزمه أن يقول في الثلاثة أرباع : إن الثلثين في ستين ويجتهد فيما زاد على الثلثين إلى تمام ثلاثة أرباع أن يجعله على حساب ثلاث سنين أو أربع فإنما جوابه في الثلاثة أرباع على أحد القولين ، فاعلم ذلك .

قال أبو بكر الأبهري : إنما قال : تعامل المرأة الرجل إلى ثلث ديته لا تستكملة لأن رسول الله ﷺ ساوى في دية الجنين بين الذكر والأنثى في الغرة ولم يفرق بينهما .

ومعنى ذلك عندنا أنه قليل من الدية ، وكذلك ساوى الله عز وجل بين الإخوة والأخوات من الأم في الثلث ، فإذا بلغت الدية الثلث فصاعداً رجعت إلى ديتها لأنه قد صار كثيراً من الدية لأن الثلث قد يكون مرة قليلاً ومرة كثيراً لأنه أول حد الكثير وآخر حد القليل بمنزلة الظل إذا صار مثله بعد زوال الشمس فذلك الوقت هو آخر وقت الظهر وأول وقت العصر ، فإذا بلغت ما يجب فيه ثلث الدية فصاعداً رجعت إلى النصف من دية الرجل لأن النبي عليه السلام جعل دية المرأة على النصف من دية الرجل .

قال ابن الجهم : قد قال النبي عليه السلام : « في كل إصبع عشر » ^(٢) فظاهره لا يفرق فيه بين الذكر والأنثى .

فإن قيل : فهلا قلته في أربع أصابع ؟

قلت : لإجماعهم فيها ، ولا يقيس على القليل الكثير لمخالفته له كما جمعنا بين الأخذ بالنهي عن بيع ما ليس عندك [وإجازة] ^(٣) السلم بالإجماع ، ويحتمل قول ابن المسيب : هي السنة ، أنه مستنبط من هذا ، ويحتمل أن تكون سنة البلد فإنه متظاهر في التابعين .

قال ابن هرmez : أخذنا ذلك عن الفقهاء .

(١) زيادة من أ .

(٢) أخرجه : أبو داود (٤٥٦٤) وأحمد (٦٧١١) وعبد الرزاق في « مصنفه » (١٧٦٩٦) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

(٣) في أ : وأجازوا

اعلم أن العقل فى سن الصبى إذا أوقف فضاع فلم تثبت سن الصبى هو منه ،
قياس ذلك : الثمن يهلك فى المواضعة أنه ممن يجب له ، قاله غير واحد من
شيوخنا .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإنما قلنا : إن تثبت سن الصبى لا قصاص
فيها ، وإن كان من أصلهم أن ما طرح أو جرح عمداً لا يرتفع فيه القصاص على
حال لأن سن الصبى لا تماثل سن الكبير ، لأن سن الصغير تثبت وسن الكبير لا
تثبت إذا نزعت ، فإن لم تثبت سن الصبى فقد ساوت سن الكبير فوجب القصاص .

تم كتاب الجراح بحمد الله وحسن عونه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ كتاب الديات

قال بعض البغداديين : إنما لم يرث قاتل الخطأ من الدية لثلاثة أوجه :

أحدها : أن الدية لما كانت مؤداة عنه وكانت واجبة عليه كان محالاً أن يؤدي الإنسان شيئاً مما يجب عليه إلى نفسه .

والوجه الثاني : أنه لما كان لا يرث من القصاص إجماعاً فالذى هو عوض القتل كذلك لا يرث فى قتل الخطأ من الدية لأنها عوض الدم .

والوجه الثالث : أنه لما كان قاتل العمد لا يرث لأنه سبب الميراث كذلك قاتل الخطأ لا يرث منها لأنه سببها ، فاعلم .

اعلم أنه [إنما] ^(١) فرق بين سائر جراح العبد وبين مأمومته وجائفته ومنقلته وموضحته لأن سائر الجراح إذا برئت [ق/ ٢٣١ أ] نقصها ثابت قائم ، وهذه الأشياء إذا برئت عادت لهيئتها ولم تنقص العبد شيئاً ، فلو روعى برءها أدى ذلك إلى ذهاب جناية الجانى ولم يتعلق عليه من أجلها شئ فلم يستبد من جعل المقدار الذى ذكرنا .

قال عبد الحق : فإن أصابه شئ مما ذكرنا من موضحة أو جائفة فبرئت على شين ففى هذا نظر ، هل يقال : كم [قيمته وبه] ^(٢) الموضحة أو الجائفة ؟ ثم يقوم بها وبالشين فيعرف قدر الشين فيعطاه سيد العبد ، أم إنما يقوم سالماً ليس به موضحة ولا مأمومة ، فيقال : قيمته كذا ، ثم يقوم وبه الموضحة أو المأمومة على ما بقى من شينها فإن كان ينقصه ذلك مثل الواجب فى المأمومة أو الموضحة أو أقل لم ينقص من ذلك [الواجب] ^(٣) المؤقت شيئاً ، وإن كان ينقصه ذلك أكثر من الأمر الواجب المؤقت فى ذلك أعطى المؤقت [من] ^(٤) الزيادة ، ونحنا إلى هذا بعض شيوخنا من

(١) فى أ : لما

(٢) فى أ : قيمة دية الموضحة

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : مع .

القرويين ورآه كأنه أصوب من الوجه الأول ، والله أعلم .

اعلم أنه إنما حد العلماء في قيمة الغرة خمسين ديناراً أو ست مائة درهم قياساً منهم على أقل الجراح المنصوص عليها وهي الموضحة ، والله أعلم .

اعلم أن الجنين إذا خرج حياً فلم يستهل ثم عمد رجل فقتله لا قود فيه وإنما فيه الغرة وعلى قاتله الأدب ، وكذلك في « كتاب ابن المواز » كمثله إذا ضرب بطنها فألقته ميتاً ولم يستهل ، وإذا استهل وقد ضربها عمداً ، فإن ضرب البطن أو الظهر أو موضعاً يعلم أنه أصيبت به ففيه القود وأما [إن ضرب] (١) رأسها أو رجلها فيؤول ذلك إلى ما [وصفنا] (٢) ففي الجنين هاهنا الدية في مال الجاني كمن أوضح رجلاً موضحة فيراقب إلى ذهاب بصره فاقتص من الموضحة فلم تتراق ففي البصر الدية في مال الجاني لأنه من سبب ضربة عمد ، هكذا ذكر أبو محمد [ابن أبي زيد] (٣) - رحمه الله - في أصل « المختصر » ، فاعلمه .

وقال بعض شيوخنا من القرويين : كان ابن مناس - رحمه الله - يقول :

ضربها في الرأس كضربها في البطن ، فاعلم ذلك .

وإن كان الضارب بطنها أباً فتغلظ عليه الدية إذا تعمد ذلك واستهل الولد صارخاً لأن ذلك يقاد منه في الأجنبي فيجب فيه التغليظ [في الأب] (٤) ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : وإذا استهل الجنين المضروب خطأ فوجبت

الدية بقسامة فأبى الولاة أن يقسموا فلهم الغرة كمن قطعت يده ثم برئ منها فمات أن للولاة أن يأبوا القسامة ويأخذوا دية اليد أو الجرح إن كان جرحاً ، وهذا عندى غير مستقيم ، والله أعلم .

بل ليس للولاة أن يأخذوا الغرة إذا أبوا القسامة ، وذلك أن الجنين لما استهل صارخاً صار من جملة الأحياء وزالت ديته عين الغرة ، فإن نكلوا فلا غرة لهم ، والله أعلم .

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : ذكرنا .

(٣) زيادة من أ .

(٤) سقط من أ .

إذا فقا أعور العين اليمنى عيني رجل جميعاً عمداً فله القصاص في عينه ونصف الدية من العين الأخرى عند ابن القاسم .

قال أشهب : هذا إن فقاها في فور واحد ، وأما إن [كان] ^(١) فقاها واحدة بعد واحدة ، فإن بدأ [بفقا اليمنى فقد وجب فيهما خمسمائة دينار إذ لا نظير لها ، وفي الأخرى القصاص من عين الأعور ، وإن بدأ] ^(٢) باليسرى التي هي باقية للأعور ففيها القصاص ويجب له في الأخرى ألف دينار .

وقول ابن القاسم هاهنا خلاف قوله في الأعور يفقا عين الصحيح التي مثلها باقية للأعور : أن الصحيح مخير فيما ذكر ، فيجب على مذهب إن فقاها في مسألتنا التي قدمنا معاً أن يكون الصحيح مخيراً في فقا عين الأعور [ق/ ١١٠ جـ] بعينه أو يأخذ منه ألف دينار وخمس مائة دينار في عينه الأخرى التي ليس لها مثل .

وأما جوابه في المسألة على ما قال مالك في أحد أقواله : إنه ليس له إلا القصاص ، وأما قول أشهب هذا : إن فقاها معاً إلى . . آخر قوله فإنما بنى على مذهبه الذي اختار من قول مالك ، وأما على ما قال ابن القاسم في « المدونة » فإن بدأ بعينه اليمنى التي لا نظير لها في الأعور فله فيها خمس مائة دينار وهو في الأخرى مخير إما أن يقتص أو يأخذ ألف دينار ، وإن بدأ باليسرى التي مثلها باقية في الأعور فهو مخير بين أن يقتص منه بعين الأعور أو يأخذ ألف دينار وله في اليمنى ألف دينار بكل حال لأنها عين أعور .

قال عبد الحق : إذا شهد شاهد على إقرار القاتل بقتل خطأ لم يثبت ذلك من إقراره إلا بشاهدين فيقسموا حيثئذ ويستحقونه ، وذلك بخلاف من أقام شاهداً على إقرار رجل بدين .

يريد : لأن هذا مقرر على نفسه والأول مقرر على غيره ، فإنما هو كشاهد على العاقلة يتم الشهادة عليه [إن لم يعرف منه نكير ، وأما إن] ^(٣) الشاهدين فلا تجوز الشهادة ^(٤) كشاهدين شهدوا على شهادته وهو منكر ، وكذلك قال [ق/ ٢٣٢ أ]

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من جـ .

(٣) طمس بالأصل قدر كلمة .

(٤) سقط من أ .

أشهب .

وإذا جعل حكمه حكم الشاهد فيما وصفنا فإنما يصح ما ذكر إذا قال للشاهدين :
اشهدا علىّ ، وأما إن لم يقل ذلك فلا يشهد لأن الشاهد إنما يشهد على شهادته إذا
قال ذلك لأنه إنما أقيم مقام شاهد على عاقلته ، كذا ينبغي ، وقاله لى بعض القرويين .

قال بعض الأندلسيين : إن كان حظ الورثة سواء في الدية وانكسرت عليهم
[يمين] (١) اقترعوا عليها فمن وقعت عليه القرعة جبرت عليه ، قال : وكذلك رأيته
لبعض مشايخنا .

قال عبد الحق : ورأيت في « كتاب ابن الجلاب البصري » : قال : إن كان
الكسر متساوياً وتأجبرت الأيمان عليهم كلهم ويحتمل أن يجبر على واحد منهم .

اعلم أنه إذا كان جد وعشرة أخوة ففي الخطأ يحلف الجد من أيمان القسامة ثلثها
لأن ميراثه الثلث لا ينقص منه في كثرة الأخوة ، وأما في العمد فيحلفون كلهم
بالسواء ولا يحلف الجد ثلث الأيمان ، فاعلم أن الخطأ والعمد [مفترق في ذلك] (٢) ،
هكذا قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا .

وفي « كتاب ابن المواز » خلاف هذا ، ونصه :

قلت : فإذا كان للمقتول جد وأخوة كيف تقع القسامة عليهم ؟

قال : أما ابن القاسم فقال : يقسم الجد مع الإخوة على [قدر] (٣) حقه معهم
في الميراث ، ويقسم الإخوة معه على قدر حقوقهم مع الجد في دم العمد والخطأ ،
وهذا من ابن القاسم إذا تشاجرا في قسامة العمد .

وقال أشهب : إنما يكلف الجد أن يحلف على قدر حقه في الخطأ يحلف ثلث
الأيمان سبع عشرة يمينا يجبر عليه اليمين المكسورة لأن عليه يقع أكثرها وأما في العمد
فأيمان العصابة فيه على قدر العدد ، فالذي قدمناه عن بعض شيوخنا على مذهب

(١) في أ : أيمان .

(٢) في أ تقديم وتأخير .

(٣) سقط من ج .

أشهب وهو أقيس مما حكاه ابن المواز عن ابن القاسم ، والله أعلم .

اعلم أنه إذا ادعى القاتل أن ولي الدّم عفى عنه فطالبه باليمين فنكل عنها أنه يحلف القاتل عمداً يميناً واحدة لا خمسين يميناً لأنها اليمين التي ردت عليه ، وهو تنازع أيضاً في شيء غير القتل ، إنما هو تنازع في عفو يجرى الحكم فيه كسائر الدعاوى في وجوب يمين واحدة وليس كالدين يجب لهم قسامه فيردون الأيمان على المدعى عليه لأن هذا إنما رد عليه الأيمان بجملتها التي كان يحلفها المدعون ، فلا يبرأ حتى يحلف خمسون يميناً بمثل ما يجب الدم كذلك يسقط ، فاعلم .

واعلم أنه إذا استحق الدم رجال ونساءهم في العدد سواء ، فلا دخول للنساء في العفو ولا القتل . وإن كان النساء أقعد فلا عفو إلا بإجماع ، وإن كن نساء ينفردن بالميراث ، واستحق الدم بقسامة ولا عفو إلا باجتماع من اللاتي هن أقرب من النساء اللواتي يرثنه من العصبية ، وإن استحق الدم بينة فليس للرجال عفو ولا قتل .

قال بعض شيوخ القيروان : التقدم المذكور في صاحب الحائط المخوف سقوطه ونحوه ينظر فيه ، فإن كان صاحب ذلك [(١)] قيل له مثل هذا أن يقول : حائطه ليس فيه تغرير ، بل يؤمن من سقوطه فها هنا يحتاج التقدم فيه إلى الحاكم .

وأما إن كان يقر بأن حائطه مخوف فها هنا ينفع الإشهاد عليه دون حكم .

قال : وكذلك في الشفعة إن أبى الشفيع الأخذ ، وأبى أن يسلم فلا ينفع الإشهاد عليه حتى يرفع إلى السلطان ، فإن رضى بترك الشفعة ينفع الإشهاد عليه دون حكم ، وكذلك في اقتضاء أحد الشريكين ديناً بينهم إن صاحبه أن أبى أن يخرج ، ولا يرضى أن يسلم لصاحبه ما يقبض ، فلا بد من حكم ، ولا ينفع الإشهاد عليه ، وإن رضى فإن اقتضى صاحبه دونه ينفع صاحبه الإشهاد عليه دون حكم الأمر في هذه الوجوه ونحوها مختلف على ما بيناه ، والله أعلم .

واعلم أن ما ضمن فيه الوجوه التي ذكرنا في الحائط المخوف سقوطه ، والكلب العقور والجمل الصوّل ونحو ذلك ما كان دون الثلث فيكون في ماله ، وبالعكس ثلث الدية فصاعداً فعلى العاقلة ، هذا مذهب ابن القاسم وفيه تنازع .

ذكر ابن عبدوس مسألة المدبر والمعتق بعضه فى أخذ ماله حصن فأعتقه بينهما ، وأنه لا يؤخذ مما اكتسب إلا ما فضل من عيشه وكسوته .

ثم قال عقب ذلك : وقال غيره : إنما هذا فى كل ما استفاد المدبر فى مرض العبد أو بعد موته .

وأما كل ما استفاده فى صحة السيد بعد الجناية أو قبلها فذلك قد وجب عليه لأهل الجناية أخذه حتى يستوفوا منه جنايتهم أو لا يكون فيه وفاء فيقسم ما بقى منها على ما أعتق منه ، وما روى فى كتاب الجنائيات الثانى لابن المواز ، قال : إن المدبر يعتق بعضه من ثلث سيده وله مال فإنه يؤخذ من ماله الجنائيات ، وإنما ذلك عندنا [(١)] قبل أن يعتق لأن كل مدبر يجنى فإنه يؤخذ من ماله فى جنايته [ق/٢٢٣ أ] ، فإن لم يعلم به حتى مات سيده فخرج حراً أو بعضه أخذ كذلك من ماله كما وجب فيه قبل ذلك .

فأما من جنى بعد أن عتق بعضه فهو بمنزلة المعتق نصفه يجنى جنابة فينظر ما يفضل عن كسبه بعد عيشه وكسوته فيؤخذ منه عما يصير على جزء المعتق ، وإن استوعب ذلك كل ما يبقى بيده .

تم كتاب الدييات بحمد الله وحسن عونه



فهرس الموضوعات الجزء الثاني

الصفحة

الموضوع

٥	كتاب الصرف
١٥	كتاب الآجال
٢٣	فصل
٢٤	فصل
٢٧	فصل
٣١	كتاب البيوع الفاسدة
٣٤	كتاب بيع الخيار
٤٥	كتاب المراهبة
٤٩	كتاب الوكالات
٥٤	كتاب اشتراء الغائب
٥٨	كتاب العرايا
٦٢	كتاب التجارة إلى أرض الحرب
٦٧	كتاب جامع العيوب
٨٠	كتاب الصلح
٨٧	كتاب الجعل والإجارة
٩٩	كتاب تضمين الصناع
١٠٤	كتاب المساقاة
١١٢	كتاب الجوائح
١١٥	كتاب كراء الرواحل
١٢٢	كتاب كراء الدور والأرضين
١٢٩	كتاب القراض
١٣٨	كتاب الشركة
١٤٥	كتاب الأقضية
١٤٩	كتاب الشهادات
١٦١	كتاب المديان

١٦٥	كتاب التفليس
١٧١	كتاب المأذون
١٧٥	كتاب الحمالة
١٨٤	كتاب الحوالة
١٨٦	كتاب الرهن
١٩٥	كتاب الغصب
٢٠٠	كتاب الاستحقاق
٢٠٩	كتاب اللقطة والآبق
٢١٢	كتاب حريم البئر وإحياء الموات
٢١٦	كتاب الشفعة
٢٣٠	كتاب القسم
٢٣٧	كتاب الوصايا الأول
٢٤٧	كتاب الوصايا الثانى
٢٥٣	كتاب الحبس والصدقة
٢٦٠	كتاب الهبات
٢٦٤	كتاب الوديعة
٢٦٩	كتاب العارية
٢٧٥	كتاب السرقة
٢٨٤	فصل فى المحاربين
٢٨٥	كتاب الحدود فى الزنا
٢٨٩	كتاب القذف
٢٩٤	كتاب الجنائيات
٣٠٦	كتاب الجراح
٣١٢	كتاب الديات
٣١٩	فهرس الموضوعات

